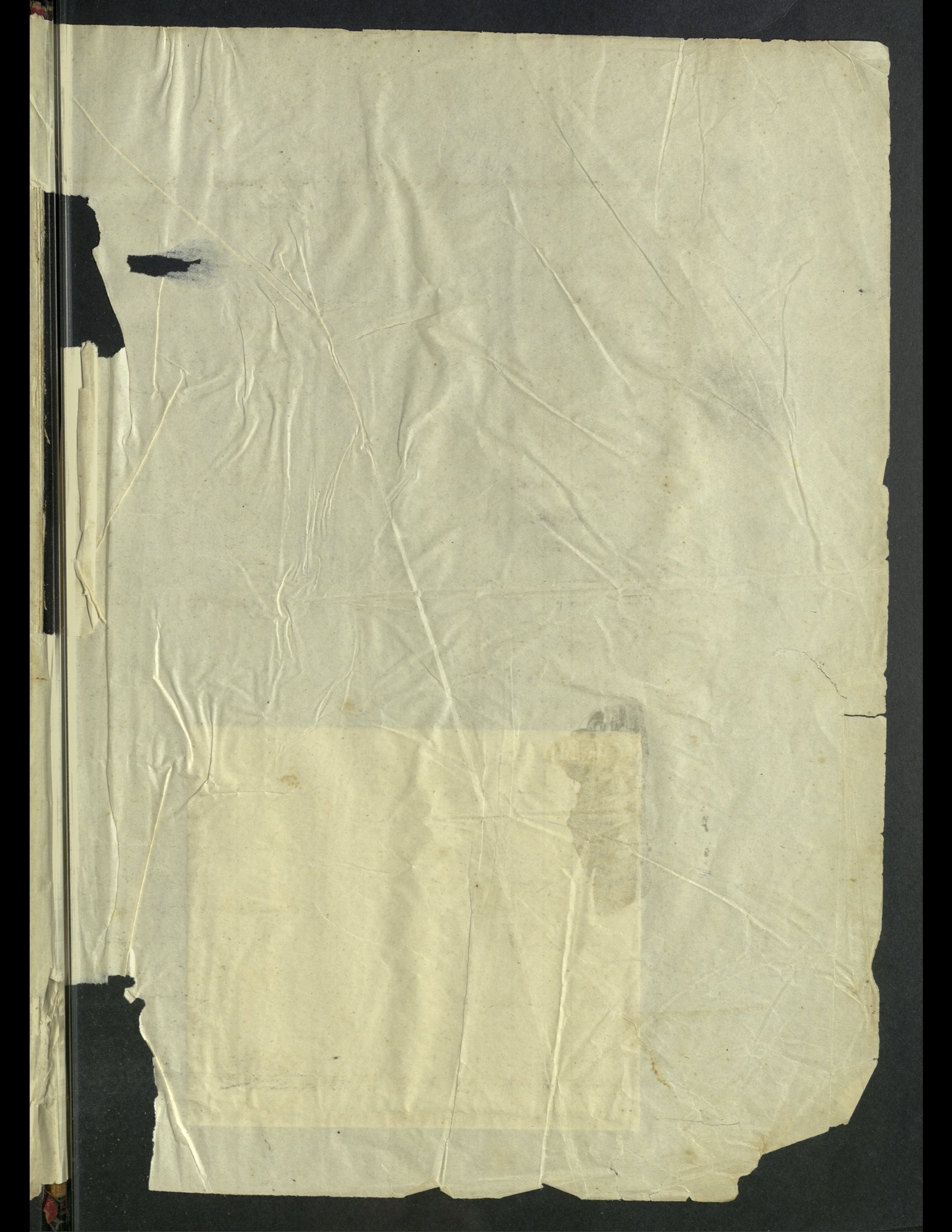






فهرسة كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الامام الحجة أبي الوليد سيدى محمد بن احمد بن رشد القرطبي رحمه الله

وقد جاد بطبعه وإشاعته والاتفاق عليه قصد العموم نفعه واذاعته سيدنا أمير المومنين. ناصر الملة والدين. الهمام المرتضى. والحسام المنتضى. حسنة الايام. وقرة عين المسلمين والاسلام. فخر العلماء الاعلام. حامل لواء شريعة جده عليه السلام. قطب رحى العلوم. وراقى ذروة مجدها المعلوم. الشهير الاقدام والشجاعة. فى ميادين كماة البلاغة والبراعة. الامام المؤيد بسطوة مولانا القوى الحفيظ. عالم السلاطين وسلطان العلماء مولانا عبد الحفيظ. حرس الله عنايته. وحفظ مجادته وسعادته. وأدام وجوده. ونصر على الاعداء جنوده. آمين

كتاب

الجزء الاول من

كتاب بداية المجتهد. ونهاية المقتصد.

للشيخ الامام الحافظ الناقد البحر الزاخر ابى الوليد محمد بن احمد
ابن الامام الشهير حامل لواء المذهب وحذامه ابى الوليد محمد بن احمد بن
رشد القرطبي رحم الله الجميع بمنه وكرمه آمين

ترجمة المؤلف منقولة من الديباج

محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد الشهير بالحفيد من اهل قرطبة وقاضي الجماعة بها يكنى ابا الوليد روي عن ابيه ابي
القاسم استظهر عليه الموطا حفظاً واخذ الفقه عن ابي القاسم بن بشكوال وابي مروان بن مسرة وابى بكر بن سمحون
وابي جعفر بن عبد العزيز وابى عبد الله المازرى واخذ علم الطب عن ابى مروان بن جريول وكانت الدراية اغلب عليه
من الرواية ودرس الفقه والاصول وعلم الكلام ولم ينشأ بالاندلس مثله كمالا وعلماً وفضلا وكان على شرفه اشد الناس
تواضعاً واخفضهم جناحا وعنى بالعلم من صغره الى كبره حتى حكى انه لم يدع النظر ولا القراءة منذ عقل الا ليلة وفاة ابيه
وليلة بنائه على اهله وانه سود فيما صنف وقيد والف وهذب واختصر نحواً من عشرة آلاف ورقة ومال الى علوم الاوائل
وكانت له فيها الامامة دون اهل عصره وكان يفزع الى فتياه في الطب كما يفزع الى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من
الاعراب والآداب والحكمة حكي عنه انه كان يحفظ شعر المتنبي وحبيب وله تواليف جليلة الفائدة منها كتاب
بداية المجتهد. ونهاية المقتصد. في الفقه ذكر فيه اسباب الخلاف وعلل وجهه فافاد وامتع به ولا يعلم في وقته انفع منه
ولا احسن سياقا وكتاب الكليات في الطب ومختصر المستصفى في الاصول وكتابه في العربية الذى وسمه
بالضروري وغير ذلك تنيف على ستين تاليف وحمدت سيرته في القضاء بقرطبة وتأثلت له عند الملوك
وجاهة عظيمة ولم يصرفها في ترفيع حال ولا جمع مال انما قصرها على مصالح اهل بلده خاصة ومنافع
اهل الاندلس وحدث وسمع منه ابو بكر ابن جهور وابو محمد بن حوط الله وابو الحسن سهل بن
مالك وغيرهم وتوفي سنة خمس وتسعين وخمسمائة ومولده سنة عشرين وخمسمائة قبل
وفات القاضى جده ابى الوليد ابن رشد بشهر

اه

طبع بالمطبعة المولوية بفاس العليا المحمية

١٣٢٧

سنة



أمابعد حمدالله بجميع محامده والصلاة على محمد رسوله وآله وأصحابه فان غرضى في هذا الكتاب التنبيه فيه لنفسى على جهة التذكرة من مسائل الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها بادلتها والتنبيه على نكت الخلاف فيها ما يجرى مجرى الاصول والقواعد لما عسى ان يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها فى الشرع وهذه المسائل فى الاكثر هي المسائل المنطوق به فى الشرع او يتعلق بالمنطوق به تعلقاً قريباً وهي المسائل التى وقع الاتفاق عليها او اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الاسلاميين من لدن الصحابة رضى الله عنهم الى ان فشا التقليد وقبل ذلك فلنذكركم اصناف الطرق التي تتلقى منها الاحكام الشرعية وكم أصناف الاحكام الشرعية وكم أصناف الاسباب التى اوجبت الاختلاف باوجز ما يمكننا فى ذلك فنقول إن الطرق التى منها تلقيت الاحكام عن النبى عليه السلام بالجنس ثلاثة. إما لفظ. وإما فعل. وإما اقرار. وأما ما سكت عنه الشارع من الاحكام فقال الجمهور ان طريق الوقوف عليه هو القياس وقال اهل الظاهر القياس فى الشرع باطل وما سكت عنه الشارع فلا حكم له وأصناف الالفاظ التى تتلقى منها الاحكام من السمع اربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه أما الثلاثة المتفق عليها فلفظ عام يحمل على عمومه او خاص يحمل على خصوصه ولفظ عام يراد به الخصوص ولفظ خاص يراد به العموم وفى هذا يدخل التنبيه بالاعلى على الادني وبالادنى على الاعلى وهما على التساوى فمثال الاول قوله تعالي حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير فان المسلمين اتفقوا على أن التحريم متناول لجميع اصناف الخنازير مالم يكن مما يقال عليه الاسم باشتراك مثل خنزير الماء ومثال العام يراد به الخصوص قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها فان المسلمين اتفقوا على انه ليست الزكاة واجبة فى جميع انواع الاموال ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى فلا تقل لهما اف وهو من باب التنبيه بالادني على الاعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك وهذه اما ان ياتي المستدعى عمها فعله بصيغة الامر واما ان ياتى بصيغة الخبر يراد به الامر وكذلك المستدعي تركه اما ان ياتي بصيغة النهي واما ان ياتي بصيغة الخبر يراد به النهي واذا أتت هذه الالفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعا الفعل منها على الوجوب أو على الندب على ما سيقال فى حد الواجب والمندوب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على احدهما فيه بين العلماء خلاف مذكور فى كتب اصول الفقه وكذلك الحال فى صيغ النهى هل تدل على الكراهية أو التحريم أو لا تدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور أيضاً والاعيان التى يتعلق بها الحكم اما ان يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط وهو الذى يعرف فى صناعة اصول الفقه بالنص ولا خلاف فى وجوب العمل به واما ان يدل عليها بلفظ يدل على اكثر من معنى واحد وهذان قسمان اما ان تكون دلالته على تلك المعانى بالسواء وهو الذى يعرف في اصول الفقه بالمجمل ولا خلاف فى انه لا يوجب حكماً واما ان تكون دلالته على بعض تلك المعانى اكثر من بعض وهذا يسمى

بالاضافة الى المعانى التى دلالته عليها أكثرى ظاهراً ويسمي بالاضافة الى المعانى التى دلالته عليها فى الاقل محتملا واذا ورد مطلقاً حمل على تلك المعانى التى هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء في اقاويل الشارع اكثر ذلك من قبل ثلاثة معان من قبل الاشتراك في لفظ العين الذى علق به الحكم ومن قبل الاشتراك في الالف واللام المقرونة بجنس ذلك العين هل اريد به الكل او البعض ومن قبل الاشتراك الذى فى الفاظ الاوامر والنواهى وأما الطريق الرابع فهو ان يفهم من ايجاب الحكم لشئ ما نفى ذلك الحكم عما عدى ذلك الشئ او من نفى الحكم عن شئ ما ايجابه لما عدى ذلك الشئ الذى نفي عنه وهو الذى يعرف بدليل الخطاب وهو اصل مختلف فيه مثل قوله عليه السلام في سائمة الغنم الزكاة فان قوماً فهموا منه أن لا زكاة في غير السائمة وأما القياس الشرعى فهو الحاق الحكم الواجب لشئ ما بالشرع فالشئ المسكوت عنه لشبهه بالشئ الذى اوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعلة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعي صنفين قياس شبه وقياس علة والفرق بين القياس الشرعي واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذى اريد به الخاص فيلحق به غيره أعنى ان المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذى بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس وانما هو دال دلالة اللفظ وهذان الصنفان يتقاربان جداً لانهما الحاق مسكوت عنه بمنطوق به وهما يلتبسان على الفقهاء فمثال القياس الحاق شارب الخمر بالقاذف في الحد والصداق بالنصاب فى القطع وأما الحاق الربويات بالمقتات أو بالمكيل أو بالمطعوم فمن باب الخاص اريد به العام فتأمل هذا فان فيه غموضاً والجنس الاول هو الذي ينبغي للظاهرية ان تنازع فيه وأما الثانى فليس ينبغي لها ان تنازع فيه لانه من باب السمع والذى يرد ذلك يرد شكل كلامه لله العزيز وأما الفعل فانه عند الاكثر من الطرق التي تتلقى منها الاحكام الشرعية وقال قوم الافعال ليس تفيد حكماً وليس لها صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الاحكام اختلفوا في نوع الحكم الذى تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمحقق عند المحققين انها ان اتت بياناً لمجمل واجب دلت على الوجوب وان اتت بياناً لمجمل مندوب اليه دلت على الندب وان لم تأت بياناً لمجمل فان كانت من جنس القربة دلت على الندب وان كانت من جنس المباحات دلت على الاباحة وأما الاقرار فانه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التى تتلقى منها الاحكام أو تستنبط والاجماع فهو مستند الى احد هذه الطرق الاربعة الا انه اذا وقع فى واحد منها ولم يكن قطعياً نقل الحكم من غلبة الظن الي القطع وليس الاجماع أصلا مستقلا بذاته من غير استناده الى واحد من هذه الطرق لانه لو كان كذلك لكان يقتضي اثبات شرع زائد بعد النبي صلى الله عليه وسلم اذ كان لا يرجع الى أصل من الاصول المشروعة وأما المعانى المتأدية من هذه الطرق للمكلفين فهى بالجملة اما امر بشئ واما نهي عنه واما مخير فيه والامر ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمي واجباً وان فهم منه الثواب على الفعل وانتفا العقاب مع الترك سمى ندباً والنهى أيضاً ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمي محرماً محظوراً وان فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمى مكروهاً فتكون أصناف الاحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومخير فيه وهو المباح *وأما اسباب الاختلاف بالجنس فستة أحدها تردد الالفاظ بين هذه الطرق لاربع أعنى بين ان يكون اللفظ عاماً يراد به الخاص أو خاصاً يراد به العام أو عاماً يراد به العام أو خاصاً يراد به الخاص أو يكون دليل خطاب أو لا يكون له *والثانى الاشتراك الذى فى الالفاظ وذلك اما في اللفظ المفرد كلفظ القرء الذى ينطلق على الاطهار وعلى الحيض

وكذلك لفظ الامر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهي هل يحمل على التحريم أو الكراهية واما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى الا الذين تابوا فانه يحتمل ان يعود على الفاسق فقط ويحتمل ان يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق ومجيزة شهادة القاذف *والثالث اختلاف الاعراب *والرابع تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من انواع المجاز التى هي اما الحذف واما الزيادة واما التقديم واما التاخير واما تردده على الحقيقة أو الاستعارة * والخامس اطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل اطلاق الرقبة فى العتق تارة وتقييدها بالايمان تارة * والسادس التعارض فى الشيئين فى جميع اصناف الالفاظ التى يتلقى منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذى يأتي فى الافعال أو في الاقرارات أو تعارض القياسات انفسها او التعارض الذى يتركب من هذه الاصناف الثلاثة أعنى معارضة القول للفعل أو للاقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس قال القاضى رضى الله عنه واذقد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله ولنبدأ من ذلك بكتب الطهارة على عادتهم

كتاب الطهارة من الحدث

فنقول أنه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارتان طهارة من الحدث وطهارة من النجس واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة في ذلك فلنبدأ من ذلك بالقول فى الوضوء

كتاب الوضوء

فنقول ان القول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر فى خمسة ابواب *الباب الاول فى الدليل على وجوبها وعلى من تجب ومتى تجب *الثانى في معرفة افعالها *الثالث فى معرفة ما به تفعل وهو الماء *الرابع فى معرفة نواقضها *الخامس في معرفة الاشياء التى تفعل من أجلها

الباب الاول

فاما الدليل على وجوبها *فالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق الآية فانه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها *وأما السنة فقوله عليه السلام لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه السلام لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذان الحديثان ثابتان عند أئمة النقل وأما الاجماع فلانه لم ينقل عن أحد من المسلمين في ذلك خلاف ولو كان هنالك خلاف لنقل ان العادات تقتضى ذلك وأما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضاً ثابت بالسنة والاجماع أما السنة فقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبى حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق وأما الاجماع فانه لم ينقل في ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا وهي مسئلة قليلة في الفقه لانها راجعة الى الحكم الاخراوى وأما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة أو اراد الانسان الفعل الذى الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقاً بوقت أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالي يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة الآية فاوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت وأما دليل وجوبه عند إرادة الافعال التى هو شرط فيها فسيأتي ذلك عند ذكر الاشياء التى يفعل الوضوء من أجلها ولاختلاف الناس فى ذلك

الباب الثانى

وأما معرفة بيان الوضوء فلاصل فيه ما ورد من صفته في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلي المرافق وامسحوا برءوسكم وأرجلكم الى الكعبين وما ورد من ذلك أيضاً في صفة وضوء النبى صلى الله عليه وسلم في الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة مشهورة تجرى مجرى الامهات وهي راجعة الى

معرفة الشروط والاحكام والاركان وصفة الافعال وأعدادها وتعيينها وتحديد محالها وأنواع احكام جميع ذلك

المسئلة الاولى من الشروط اختلف علماء الامصار هل النية شرط فى صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية فى العبادات لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ولقوله صلى الله عليه وسلم إنما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى انها شرط وهو مذهب الشافعي ومالك وأحمد وأبى ثور وداود وذهب فريق آخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب ابى حنيفة والثورى *وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون عبادة محضة أعنى غير معقولة المعنى وانما يقصد بها القربة فقط كالصلاة وغيرها وبين ان تكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فانهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه ان ينظر بايهما هو اقوى شبهاً فيلحق به

المسئلة الثانية من الاحكام اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل ادخالها فى اناء الوضوء فذهب قوم الى انه من سنن الوضوء باطلاق وان تيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك وش وقيل انه مستحب للشاك فى طهارة يده وهو أيضاً مروى عن مالك وقيل ان غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وبه قال داود وأصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فاوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه فى نوم النهار وبه قال احمد فتحصل في ذلك أربعة اقوال قول انه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول انه واجب على المنتبه من النوم وقول انه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار * والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى مفهوم الثابت من حديث ابي هريرة أنه عليه السلام قال إذا استيقظ احدكم من نومه فليغسل يده قبل ان يدخلها فى وضوءه فان احدكم لا يدرى اين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثا فمن لم ير بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما فى آية الوضوء معارضة وبين آية الوضوء حمل لفظ الامر هاهنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضاً من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهاراً اوليلا ومن رآن بين هذه الزيادة والآية تعارضاً اذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع عنده بينهما ان يخرج لفظ الامر عن ظاهره الذى هو الوجوب الى الندب ومن تاكد عنده هذا الندب لمثابرته عليه السلام على ذلك قال انه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا الندب قال ان ذلك من جنس المندوب المستحب وهؤلاء غسل اليد عندهم بهذه الحال اذا تيقن طهارتها أعنى من يقول ان ذلك سنة ومن يقول انه ندب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده ان يكون من باب الخاص اريد به العام كان ذلك عنده مندوبا للمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص اريد به العام كان ذلك عنده للشاك لانه في معنى النائم والظاهر من هذا الحديث انه لم يقصد به حكم اليد فى الوضوء وانما قصد به حكم الماء الذى يتوضأ به اذا كان الماء مشترطاً فيه الطهارة . وأما مانقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل ادخالهما فى الاناء فى اكثر احيانه فيحتمل ان يكون من حكم اليد على ان يكون غسلها فى الابتدا من افعال الوضوء ويحتمل ان يكون من حكم الماء أعنى ان لا ينجس او يقع فيه شك ان قلنا ان الشك مؤثر

المسئلة الثالثة من الاركان اختلفوا فى المضمضة والاستنشاق فى الوضوء على ثلاثة اقوال قول انهما سنتان فى الوضوء وهو قول مالك والشافعي وأبى حنيفة وقول انهما فرض فيه وبه قال ابن ابي ليلى وجماعة من

أصحاب داود وقول ان الاستنشاق فرض والمضمضة سنة وبه قال ابو ثور وابن عبيد وجماعة من اهل الظاهر *وسبب اختلافهم في كونهما فرضاً اوسنة اختلافهم في السنن الواردة في ذلك هل هي زيادة تقتضي معارضة آية الوضوء أولا تقتضي ذلك فمن رأى أن هذه الزيادة ان حملت على الوجوب اقتضت معارضة الآية اذ المقصود من الآية تاصيل هذا الحكم وتبيينه اخرجها من باب الوجوب الى باب الندب ومن لم ير انها تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عنده هذه الاقوال والافعال في حملها علي الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك ان المضمضة نقلت من فعله عليه السلام ولم تنقل من امره وأما الاستنشاق فمن امره عليه السلام وفعله وهو قوله عليه السلام إذا توضأ احدكم فليجعل في انفه ماء ثم لينثر ومن استجمر فليوتر خرجه مالك في موطاه والبخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة

﴿المسئلة الرابعة من تحديد المحال﴾ اتفق العلماء على أن غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم واختلفوا منه في ثلاثة مواضع في غسل البياض الذى بين العذار والاذن وفي غسل ما انسدل من اللحية وفي تخليل اللحية فالمشهور من مذهب مالك أنه ليس البياض الذى بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين الامرد والملتحي فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة اقوال وقال ابو حنيفة والشافعي هو من الوجه وأما ما انسدل من اللحية فذهب مالك الى وجوب امرار الماء عليه ولم يوجبه ابو حنيفة ولا الشافعي في أحد قوليه *وسبب اختلافهم في هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين أعني هل يتناولهما أو لا يتناولهما وأما تخليل اللحية فمذهب مالك أنه ليس واجباً وبه قال ابو حنيفة والشافعي في الوضوء وأوجبه ابن عبد الحكم من أصحاب مالك *وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الآثار التي ورد فيها الامر بتخليل اللحية والاكثر على أنها غير صحيحة مع أن الآثار الصحاح التي ورد فيها صفة وضوءه عليه السلام ليس في شيء منها التخليل

﴿المسئلة الخامسة من التحديد﴾ اتفق العلماء على أن غسل اليدين والذراعين من فروض الوضوء لقوله تعالى وأيديكم الى المرافق واختلفوا في ادخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة الى وجوب ادخالهما وذهب بعض أهل الظاهر وبعض متأخري اصحاب مالك والطبري الى انه لا يجب ادخالهما في الغسل *والسبب في اختلافهم في ذلك الاشتراك الذى في حرف الى وفي اسم اليد في كلام العرب وذلك أن حرف الى مرة يدل في كلام العرب على الغاية ومرة تكون بمعنى مع واليد أيضاً في كلام العرب تنطلق على ثلاثة معان على الكف فقط وعلي الكف والذراع وعلى الكف والذراع والعضد فمن جعل الى بمعنى من او فهم من اليد مجموع الثلاثة الاعضاء أوجب دخولها في الغسل لان الى تكون عنده بمعنى من ومبدا الشيء من الشيء ومن فهم من الى الغاية ومن اليد ما دون المرفق ولم يكن الحد عنده داخلا في المحدود لم يدخلهما في الغسل وخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة انه غسل يده اليمنى حتى اشرع في العضو ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق ثم اليسرى كذلك ثم غسل [ثم قال] هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة من أوجب ادخالهما في الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء اوجب ان لا يصار الى احد المعنيين الا بدليل وان كانت الى في كلام العرب أظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد أظهر فيما دون العضد منه فيما فوق العضد فقول من لم يدخلهما من جهة الدلالة اللفظية أرجح وقول من ادخلهما من جهة هذا الأثر أبين الا ان يحمل هذا الأثر على الندب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذى الغاية

دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه

﴿المسئلة السادسة من التحديد﴾ اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا فى القدر المجزى منه فذهب مالك الى أن الواجب مسحه كله وذهب الشافعى وبعض أصحاب مالك وابو حنيفة الى أن مسح بعضه هو الفرض ومن اصحاب مالك من حد هذا البعض بالثلث ومنهم من حده بالثلثين وأما ابو حنيفة فحده بالربع وحد مع هذا القدر من اليد الذى يكون به المسح فقال ان مسحه باقل من ثلاثة اصابع لم يجزه وأما الشافعي فلم يحد في الماسح ولا فى الممسوح حداً *وأصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذى فى الباء فى كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تنبت بالدهن علي قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ومرة تدل على التبعيض مثل قول القائل اخذت بثوبه وبعضده ولا معنى لإنكار هذا في كلام العرب أعنى كون البا مبعضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة أوجب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة هاهنا كونها مؤكدة ومن رآها مبعضة أوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة أن النبى عليه السلام توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامه خرّجه مسلم وان سلمنا أن الباء زائدة بقي هاهنا أيضاً احتمال آخر وهو نقل الواجب الاخذ بأوائل الاسماء او بأواخرها

﴿المسئلة السابعة من الاعداد﴾ اتفق العلماء على أن الواجب من طهارة الاعضاء المغسولة هو مرّة مرّة اذا اسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليها لما صح أنه صلى الله عليه وسلم توضأ مرّة مرة وتوضأ مرّتين مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا ولان الامر ليس يقتضى الا الفعل مرة أعنى الامر الوارد فى الغسل في آية الوضوء واختلفوا في تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس فى تكريره فضيلة فذهب الشافعى الى انه من توضأ ثلاثا ثلاثا يمسح رأسه أيضاً ثلاثا وأكثر الفقهاء يرون أن المسح لا فضيلة فى تكريره *وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى قبول الزيادة الواردة فى الحديث الواحد اذا اتت من طريق واحد ولم يروها الاكثر وذلك ان اكثر الاحاديث التى روى فيها انه توضأ ثلاثا ثلاثا من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها الا انه مسح واحدة فقط وفى بعض الروايات عن عثمان انه مسح برأسه ثلاثا وعضد الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ماروى انه عليه السلام توضأ مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثا ثلاثا وذلك ان المفهوم من عموم هذا اللفظ وان كان من لفظ الصاحب هو حمله على سائر اعضاء الوضوء الا ان هذه الزيادة ليست في الصحيحين فان صحت يجب المصير اليها لان من سكت عن شيء ليس هو بحجة علي ماذكروا وأكثر العلماء اوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياساً على سائر الاعضاء وروى عن ابن الماجشون انه قال اذا نفد الماء مسح رأسه ببل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعى يستحب في صفة المسح ان يبدا بمقدم رأسه فيمر يديه الى قفاه ثم يردهما الى حيث بدا على ما في حديث عبدالله بن زيد الثابت وبعض العلماء يختار ان يبدا من مؤخر الرأس وذلك ايضاً مروى من صفة وضوءه عليه السلام من حديث الربيع بنت معوذ الا انه لم يثبت فى الصحيحين

﴿المسئلة الثامنة من تعيين المحال﴾ اختلف العلماء في المسح على العمامة فاجاز ذلك احمد بن حنبل وأبو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة *وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم فى وجوب العمل بالاثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة وغيره أنه عليه السلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياساً على الخف ولذلك اشترط اكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما رده من رده إما لانه لم يصح عنده واما لان ظاهر الكتاب عارضه عنده أعنى الامر فيه بمسح الرأس وإما لانه لم يشتهر العمل به عند من يشترط اشتهار العمل فيما نقل من طريق الاحاد وبخاصة فى المدينة علي المعلوم من مذهب مالك أعنى انه هو الذى يرى اشتهار العمل وهو حديث

هذه الزيادة في سنن ابي داود

خرجه مسلم وقال فيه ابو عمر بن عبد البر انه حديث معلول وفي بعض طرقه انه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية
ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجتمع الاصل والبدل في فعل واحد
﴿المسئلة التاسعة من الاركان﴾ اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة او فريضة وهل يجدد لهما الماء
أم لا فذهب بعض الناس الى انه فريضة وانه يجدد لهما الماء وممن قال بهذا القول جماعة من اصحاب مالك ويتأولون مع
هذا انه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الرأس وقال ابو حنيفة واصحابه مسحهما فرض كذلك الا انهما يمسحان مع
الرأس بماء واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول جماعة ايضاً من اصحاب مالك ويتأولون
ايضاً انه قوله لما روى عنه انه قال حكم مسحهما حكم المضمضة *وأصل اختلافهم في كون مسحهما سنة او فرضاً اختلافهم
في الآثار الواردة بذلك أعني مسحه عليه السلام اذنيه هل هي زيادة على ما في الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما
ان يحمل على الندب لمكان التعارض الذي يخيل بينهما وبين الآية ان حملت على الوجوب ام هي مبينة للمجمل الذي في الكتاب
فيكون حكمهما حكم الرأس في الوجوب فمن اوجبها جعلها مبينة لمجمل الكتاب ومن لم يوجبها جعلها زائدة كالمضمضة والآثار
الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت في الصحيحين فهي قد اشتهر العمل بها *وأما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسببه تردد
الاذنين بين ان يكون عضواً مفرداً أو انه من اعضاء الوضوء اويكون جزءاً من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع
الوجه وذهب آخرون الى انه يمسح باطنهما مع الرأس ويغسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين ان يكون جزءاً
من الوجه او جزءاً من الراس وهذا لا معنى له مع اشتهار الآثار في ذلك بالمسح واشتهار العمل به والشافعي يستحب فيهما التكرار كما
يستحبه في مسح الراس ﴿المسئلة العاشرة من الصفات﴾ اتفق العلماء على ان الرجلين من اعضاء الوضوء واختلفوا في
نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالنوعين الغسل
والمسح وان ذلك راجع الى اختيار المكلف *وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان في آية الوضوء أعني قراءة من قرأ
وأرجلكم بالنصب عطفاً على المغسول وقراءة من قرأ وأرجلكم بالخفض عطفاً على الممسوح وذلك ان قراءة النصب
ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل فمن ذهب الى ان فرضهما واحدة من هاتين
الطهارتين على التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر احدى القراءتين على القراءة الثانية وصرف
بالتاويل ظاهر القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة التي ترجحت عنده ومن اعتقد ان دلالة كل واحدة من القراءتين
على ظاهرها على السواء وانه ليست احداهما على ظاهرها ادل من الثانية على ظاهرها أيضاً جعل ذلك من الواجب
المخير ككفارة اليمين وغير ذلك وبه قال الطبري وداود وللجمهور تاويلات في قراءة الخفض اجودها ان ذلك عطف على
اللفظ لا على المعنى اذ كان ذلك موجوداً في كلام العرب في مثل قول الشاعر (لعب الزمان بها وغيرها بعدي سوافي
المور والقطر) بالخفض ولو عطف على المعنى لرفع القطر واما الفريق الثاني وهم الذين أوجبوا المسح فانهم
تاولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر (فلسنا بالجبال ولا الحديدا) وقد رجح
الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه السلام اذ قال في قوم لم يستوفوا غسل اقدامهم في الوضوء ويل للاعقاب من النار
قالوا فهذا يدل على ان الغسل هو الفرض لان الواجب هو الذي يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه انما
وقع الوعيد على انهم تركوا اعقابهم دون غسل ولا شك ان من شرع في الغسل ففرضه الغسل في جميع القدم كما ان
من شرع في المسح ففرضه المسح عند من يخير بين الامرين وقد يدل على هذا ما جاء في اثر آخر خرجه أيضاً مسلم انه

قال

العرف في مذهب الحنفية ان مسحهما سنة

ورد في مسح الاذنين حديثان احدهما لابن عباس وثانيهما للربيع بنت معوذ وصححهما الترمذي
اما تجديد الماء لهما فورد في حديث عبد الله بن زيد اخرجه الحاكم والبيهقي وصححاه كما ذكره الولي العراقي رادا به على القرطبي في قوله لم يجئ في حديث عبد الله بن زيد ذكر للاذنين. وفي الموطا عن نافع ان ابن عمر كان يأخذ الماء باصبعيه لاذنيه. وهذا وان كان موقوفا فما علم من شدة اتباعه للنبي صلى الله عليه وسلم يدل على انه رآه يفعل ذلك او ثبت عنده من طريق وثيق

قال فجعلنا نمسح على ارجلنا فنادى ويل للاعقاب من النار وهـذا الأثر وإن كانت العادة قدجرت بالاحتجاج به فى منع المسح فهو ادل على جواز منه على منعه لان الوعيد انمـا تعلق فيه بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو أيضاً مروى عن بعض الصحابة والتابعين ولـكن من طريق المعنى فالغسل اشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان المسح اشد مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لاينقي دنسهما غالباً إلا بالغسل وينقى دنس الرأس بالمسح وذلك أيضاً غالب والمصالح المعقـولة لا يمتنع أن تكون أسبابا للعبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا واعنى بالمصلحى مارجع الى الامور المحسوسة وبالعبادي مارجع الى زكاة النفس وكذلك اختلفوا فى الـكعبين هل يدخلان في المسح أو فى الغسل عند من أجاز المسح*وأصل اختلافهم الاشتراك الذى فى حرف الى أعنى فى قوله تعالى وأرجلكم الى الـكعبين وقد تقدم القول فى اشتراك هذا الحرف فى قوله تعالى الى المرفقين لـكن الاشتراك وقع هنالك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن اشتراك حرف الى وهنا من قبل اشتراك حرف الى فقط*وقد اختلفوا فى الـكعب ماهو وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف أهل اللغة فى دلالته فقيل هما العظمان اللذان عند معقد الشراك وقيل هما العظمان الناتئان فى طرف الساق ولا خلاف فى ما احسب فى دخولهما في الغسل عند من يرى انهما عند معقد الشراك إذ كانا جزأً من القدم ولذلك قال قوم أنه إذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه اعني الشئ الذى يدل عليه حرف الى وإذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى ثم أتموا الصيام إلى الليل

المسئلة الحادية عشرة من الشروط

اختلفوا فى وجوب ترتيب افعال الوضوء على نسق الاية فقال قوم هو سنة وهو الذى حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثورى وداود وقال قوم هو فريضة وبه قال الشافعى وأحمد وأبو عبيد وهذا كله في ترتيب المفروض مع المفروض واما ترتيب الافعال المفروضة مع الافعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال ابن حبيب هو سنة * وسبب اختـلافهم شيئان أحدهما الاشتراك الذى فى واو العطف وذلك أنه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحاة البصريين ليس يقتضى نسقا ولا ترتيباً وإنما يقتضى الجمع فقط وقال الـكوفيون بل تقتضى النسق والترتيب فمن رآ أن الواو في آية الوضوء تقتضى الترتيب قال بايجاب الترتيب ومن رآ انها لاتقتضى الترتيب لم يقل بايجابه*والسبب الثاني اختلافهم فى أفعاله عليه السلام هل هى محمولة على الوجوب أو على الندب فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه السلام أنه توضأ قط الامرتبا ومن حملها على الندب قال إن الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمفروض من الافعال قال ان الترتيب الواجب إنما ينبغى ان يكون فى الافعال الواجبة ومن لم يفرق قال إن الشروط الواجبة قد تكون فى الافعال التى ليست واجبة

المسئلة الثانية عشرة من الشروط

اختلفوا في الموالاة فى أفعال الوضـوء فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع عدم العذر ساقطـة مع النسيان ومع الذكر عند العـذر مالم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعى وأبو حنيفة الى ان المـوالاة ليست من واجبات الوضوء *والسبب فى ذلك الاشتراك الذى فى الواو أيضاً وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضهـا على بعض وقد يعطف بها الاشياء المتراخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالات بما ثبت عنه عليه السلام أنه كان يتوضأ في أول طهوره ويؤخر غسل رجليه الى آخر الطهر وقد يدخـل الخلاف في هذه المسئلة أيضاً فى الاختلاف فى حمل الافعال أعنى على الوجوب أو على الندب وإنمـا فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسى الاصل

رواه ابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححه

رواه ابو داود وضعفه ... بالانقطاع

احمد

فيه في الشرع أنه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من امر الشرع ان له تاثيراً في التخفيف وقد ذهب قوم الى ان التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله وهذا الحديث لم يصح عند اهل النقل وقد حمله بعضهم على ان المراد به النية وبعضهم حمله على الندب فيما احسب فهذه مشهورات المسائل التي تجري من هذا الباب مجرى الاصول وهي كما قلنا متعلقة اما بصفات افعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها واما بتعريف شروطها واركانها وسائر ما ذكر * ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين إذ كان من أفعال الوضوء والكلام المحيط باصوله يتعلق بالنظر في سبع مسائل بالنظر في جوازه وفي تحديد محله وفي تعيين محله وفي صفته أعني صفة المحل وفي توقيته وفي شرطه وفي نواقضه فاما الجواز ففيه ثلاثة أقوال القول المشهور انه جائز على الاطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار والقول الثاني جوازه في السفر دون الحضر والقول الثالث منع جوازه باطلاق وهو اشذها والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك * والسبب في اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الوارد فيها الامر بغسل الارجل للآثار التي وردت في المسح مع تاخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة في الصدر الاول فكان منهم من يرى ان آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار وهو مذهب ابن عباس واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك انه روى انه رأى النبي عليه السلام يمسح على الخفين فقيل له انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما اسلمت الا بعد نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآية والآثار تعارض لان الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة إنما هي للابس الخف وقيل ان تاويل قراءة الارجل بالخفض هو المسح على الخفين واما من فرق بين السفر والحضر فلان اكثر الآثار الصحاح الواردة في مسحه عليه السلام انما كانت في السفر مع ان السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان نزعه مما يشق على المسافر * واما تحديد المحل فاختلف فيه أيضاً فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن اعني اسفل الخف مستحب ومالك أحد من رأى هذا والشافعي ومنهم من اوجب مسح ظهورهما وبطونهما وهو مذهب ابن نافع من اصحاب مالك ومنهم من اوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطون وهو مذهب ابي حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذ اشهب فقال ان الواجب مسح الباطن والاعلى مستحب * وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك ان في ذلك أثرين متعارضين احدهما حديث المغيرة بن شعبة وفيه انه صلى الله عليه وسلم مسح اعلى الخف وباطنه والآخر حديث علي لو كان الدين بالرأي لكان اسفل الخف اولى بالمسح من اعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث علي على الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح اخذ اما بحديث علي واما بحديث المغيرة ومن رجح حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس اعني قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته للقياس او من جهة السند والاسعد في هذه المسئلة هو مالك واما من اجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا اعلم له حجة لانه لا هذا الأثر اتبع ولا هذا القياس استعمل اعني قياس المسح على الغسل

﴿المسئلة الثالثة﴾

واما نوع محل المسح فان الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا في المسح على الجوربين فاجاز ذلك قوم ومنعه قوم وممن منع ذلك مالك والشافعي وابو حنيفة وممن اجاز ذلك ابو يوسف ومحمد صاحبا

أبي

ابي حنيفة وسفيان الثورى *وسبب اختلافهم اختلافهم فى صحة الاثار الواردة عنه عليه السلام انه مسح على الجوربين والنعلين واختلافهم ايضاً فى هل يقاس على الخف غيره أم هي عبادة لا يقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فمن لم يصح عنده الحديث أو لم يبلغه ولم ير القياس علي الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الاثر او جوز القياس على الخف اجاز المسح على الجوربين وهذا الاثر لم يخرجه الشيخان أعنى البخارى ومسلماً وصححه الترمذى ولتردد الجوربين المجلدين بين الخف والجورب غير المجلد عن ملك فى المسح عليهما روايتان أحداهما بالمنع والاخرى بالجواز

المسئلة الرابعة

وأما صفة الخف فانهم اتفقوا علي جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا فى المخرق فقال مالك واصحابه يمسح عليه اذا كان الخرق يسيراً وحدد ابو حنيفة بما يكون الظاهر منه اقل من ثلاثة اصابع وقال قوم بجواز المسح علي الخف المنخرق مادام يسمى خفاً وان تفاحش خرقه وممن روى عنه ذلك الثورى ومنع الشافعي ان يكون فى مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيراً في احد القولين عنه *وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى انتقال الفرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر أعنى ستر الخف القدمين أم هو لموضع المشقة في نوع الخفين فمن رآه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المنخرق لانه اذا انكشف من القدم شئ انتقل فرضها من المسح الى الغسل ومن رآ ان العلة فى ذلك المشقة لم يعتبر الخرق مادام يسمى خفاً وأما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسان ورفع للحرج وقال الثورى كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الخرق كخفاف الناس فلو كان فى ذلك حظر لورد ونقل عنهم {قلت} هذه المسئلة هى مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لنبيه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم

المسئلة الخامسة

وأما التوقيت فان الفقهاء أيضاً اختلفوا فيه فرآ مالك ان ذلك غير موقت وان لابس الخف يمسح عليهما مالم ينزعهما او تصيبه جنابة وذهب ابو حنيفة والشافعي الى ان ذلك موقت *والسبب فى اختلافهم اختلاف الاثار فى ذلك وذلك انه ورد في ذلك ثلاثة احاديث أحدها حديث على عن النبى عليه السلام انه قال جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة ايام ولياهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم خرجه مسلم والثاني حديث ابي بن عمارة انه قال يارسول الله أأمسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم قال ويومين قال نعم وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعاً ثم قال امسح مابدا لك خرجه ابوداود والطحاوى والثالث حديث صفوان بن عسال قال كنا فى سفر فامرنا ألا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن الا من جنابة لكن من نوم أو بول او غائط {قلت} أما حديث على فصحيح خرجه مسلم وأما حديث ابى بن عمارة فقال فيه ابو عمر بن عبد البر انه حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغي أن يعارض به حديث على وأما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم يخرجه البخارى ولا مسلم فانه قد صححه قوم من أهل العلم الترمذى وابو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبى كحديث على وقد يحتمل ان يجمع بينهما بأن يقال إن حديث صفوان وحديث على خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبي بن عمارة نص فى ترك التوقيت لكن حديث ابى لم يثبت بعد فعلى هذا يجب العمل بحديثى على وصفوان وهو الاظهر الا أن دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر فى نقض الطهارة لان النواقض هى الاحداث

المسئلة السادسة

وأما شرط المسح على الخفين فهو ان تكون الرجلان طاهرتين بطهر الوضوء وذلك شئ مجمع عليه الا خلافا شاذاً وقد روي عن ابن القاسم عن مالك ذكره ابن لبابة فى المنتخب وانما قال به الاكثر لثبوته فى حديث المغيرة وغيره اذ اراد ان ينزع الخف عنه فقال عليه السلام دعهما فانى ادخلتهما وهما طاهرتان والمخالف حمل

هذه الطهارة على الطهارة اللغوية *واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم اتم وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم ير ان الترتيب واجب ورآ ان الطهارة تصح لكل عضو قبل ان تكمل الطهارة لجميع الاعضاء قال بجواز ذلك ومن رآ ان الترتيب واجب وانه لا تصح طهارة العضو الا بعد طهارة جميع اعضاء الطهارة لم يجز ذلك وبالقول الاول قال ابو حنيفة وبالثاني قال الشافعي ومالك الا ان مالكا لم يمتنع ذلك من جهة الترتيب وانما منعه من جهة انه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه السلام وهما طاهرتان فاخبر عن الطهارة الشرعية وفى بعض روايات المغيرة اذا ادخلت رجليك في الخف وهما طاهرتان فامسح عليهما وعلي هذه الاصول يتفرع الجواب فيمن لبس احد خفيه بعد ان غسل احدى رجليه وقبل ان يغسل الاخري فقال مالك لا يمسح على الخفين لانه لابس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعى وأحمد واسحاق وقال ابو حنيفة والثورى والمزى والطبرى وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة من اصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم اجمعوا انه لو نزع الخف الاول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من شرط المسح على الخف الا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان *وسبب الخلاف هل كما تنتقل طهارة القدم الي الخف اذا ستره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الاسفل الواجبة الى الخف الاعلى فمن شبه النقلة الثانية بالاولي اجاز المسح على الخف الاعلي ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يجز ذلك

﴿المسئلة السابعة﴾ فامانواقض هذه الطهارة فانهم اجمعوا على انها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم ان نزعه وغسل قدمه فطهارته باقية وان لم يغسلهما وصلى اعاد الصلاة بعد غسل قدميه وممن قال بذلك مالك واصحابه والشافعى وابو حنيفة الا ان مالكا رآ انه ان اخر ذلك استانف الوضوء على رأيه فى وجوب الموالات على الشرط الذى تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل وممن قال بهذا القول داود وابن ابي ليلى وقال الحسن بن حى اذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الاقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هى مسكوت عنها *وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو اصل بذاته في الطهارة او بدل من غسل القدمين عند غيبوبتهما فى الخفين فان قلنا هو اصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن قطعت رجلاه بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحتمل ان يقال اذا نزع الخف بطلت الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتمل ان يقال ان غسلهما اجزأت الطهارة اذا لم يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وانما هو شئ يتخيل فهذا ما رأينا ان نثبته فى هذا الباب

﴿الباب الثالث فى المياه﴾

والاصل فى وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالي وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به وقوله فان لم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً وأجمع العلماء على ان جميع انواع المياه طاهرة فى نفسها مطهرة الا ماء البحر فان فيه خلافا فى الصدر الاول شاذاً وهم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالاثر الذى خرّجه مالك وهو قوله عليه السلام فى البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته وهو وان كان حديثاً مختلفاً فى صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك اجمعوا على ان كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالباً انه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذاً روى فى الماء الآجن عن ابن سيرين وهو أيضاً محجوج بتناول اسم الماء المطلق له واتفقوا على ان الماء الذى غيرته النجاسة إما طعمه او لونه او ريحه او اكثر من واحد من هذه الاوصاف انه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور *واتفقوا علي ان الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التى لا تغير احد اوصافه وانه طاهر فهذا ما اجمعوا عليه من هذا الباب *واختلفوا من ذلك فى ست مسائل تجرى مجرى

نص مالك في هذه المسألة بكتاب الموطأ ونص الشافعي في الأم

الاجم

القواعد

القواعد والاصول لهذا الباب ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلفوا فى الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير احد اوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيراً اوقليلا وهى احدى الروايات عن مالك وبه قال اهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلا كان نجساً وان كان كثيراً لم يكن نجساً وهؤلاء اختلفوا في الحد بين القليل والكثير فذهب ابو حنيفة الى ان الحد فى هذا هو ان يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمى من احد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثانى منه وذهب الشافعى الى ان الحد فى ذلك هو قلتان من قلال هجر وذلك نحو من خمس مائة رطل ومنهم من لم يحد فى ذلك حداً ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير احد اوصافه وهذا ايضاً مروى عن مالك وقد روى ايضاً ان هذا الماء مكروه فيتحصل عن مالك فى الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة اقوال ، قول ان النجاسة تفسده. وقول انها لاتفسده الا ان يتغير احد اوصافه. وقول انه مكروه * وسبب اختلافهم في ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان حديث ابي هريرة المتقدم وهو قوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ايضاً حديث ابي هريرة الثابت عنه عليه السلام انه قال لايبولن احدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه فانه يوهم بظاهره ايضاً ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ماورد من النهى عن اغتسال الجنب فى الماء الدائم وأما حديث انس الثابت أن اعرابياً قام الى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره ان قليل النجاسة لايفسد قليل الماء اذ معلوم ان ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث ابي سعيد الخدرى كذلك ايضاً خرّجه ابو داود قال سمعت رسول صلى الله عليه وسلم يقال له انه يستقي من بير بضاعة وهي بير يلقي فيها لحوم الكلاب والمحايض وعذرة الناس فقال النبى عليه السلام ان الماء لاينجسه شئ فرام العلماء الجمع بين هذه الاحاديث * واختلفوا في طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم فمن ذهب الي القول بظاهر حديث الاعرابى وحديث ابى سعيد قال ان حديثي ابي هريرة غير معقولى المعنى وامتثال ماتضمناه عبادة لا لان ذلك الماء نجس حتى ان الظاهرية افرطت في ذلك فقالت لو صب البول انسان فى ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال عند القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الاحاديث فان حمل حديثى ابي هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابي وحديث ابى سعيد على ظاهره أعنى على الاجزاء وأما الشافعى وأبو حنيفة فجمعا بين حديثى ابى هريرة وحديث ابى سعيد الخدرى بان حملا حديثى ابى هريرة على الماء القليل وحديث ابي سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعي الى ان الحد فى ذلك الذى يجمع الاحاديث هو ماورد فى حديث عبدالله بن عمر عن ابيه خرّجه ابو داود والترمذى وصححه ابو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء ومايذوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً وأما ابو حنيفة فذهب الى ان الحد فى ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سريان النجاسة في جميع الماء بسريان الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لايمكن فيها ان تسرى في جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين فحديث الاعرابى المشهور معارض له ولابد فلذالك لجأت الشافعية الى ان فرقت بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا ان وردعليها الماء كما فى حديث الاعرابى لم ينجس وان وردت النجاسة على الماء كما فى حديث ابي هريرة نجس * وقال جمهور الفقهاء هذا تحكم وله اذا تامل وجه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على أن النجاسة اليسيرة لاتؤثر في الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة

لاتسرى في جميع اجزائه وأنه يستحيل عينها عن الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يبعد أن قدراً ما من الماء لو حله قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولكان نجساً فاذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءاً فجزءاً فمعلوم انه تفنى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لان نسبته الى ما ورد عليه مما بقى من النجاسة نسبة الماء الكثير الى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع فى هذه الحال بذهاب عين النجاسة أعنى في وقوع الجزء الاخير الطاهر على آخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا اجمعوا على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة فى الثوب او البدن *واختلفوا اذا وقعت القطرة من البول فى ذلك القدر من الماء واولى المذاهب عندى وأحسنها طريقة فى الجمع هو ان يحمل حديث ابي هريرة وما فى معناه على الكراهية وحديث ابى سعيد وأنس على الجواز لان هذا التاويل يبقى مفهوم الاحاديث على ظاهرها أعنى حديثي ابي هريرة من أن المقصود بها تاثير النجاسة في الماء وحد الكراهية عندى هو ما تعافه النفس وترى انه ماء خبيث وذلك أن ما يعاف الانسان شربه يجب ان يجتنب استعماله في القربة الى الله تعالى وان تعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله . وأما من احتج بانه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر احداً ابداً اذا كان يجب على هذا ان يكون المنفصل من الماء عن الشئ النجس المقصود تطهيره ابداً نجساً فقول لا معنى له لما بيناه من ان نسبة آخر جزء يرد من الماء على آخر جزء يبقى من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير الى النجاسة القليلة وان كان يعجب به كثير من المتأخرين فانا نعلم قطعاً ان الماء الكثير يحيل النجاسة ويقلب عينها الى الطهارة ولذلك اجمع العلماء على ان الماء الكثير لا تفسده النجاسة القليلة فاذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس او العضو النجس فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرته ولا فرق بين الماء الكثير ان يرد على النجاسة الواحدة بعينها دفعة او يرد عليها جزءاً بعد جزء فاذاً هؤلاء انما احتجوا بموضع الاجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضعان فى غاية التباين فهذا ما ظهر لنا فى هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح اقوالهم فيها ولو ددنا انا لو سلكنا فى كل مسئلة هذا المسلك لكن راينا ان هذا يقتضى طولا وربما عاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الاول الذى قصدناه فان يسر الله فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض

﴿المسئلة الثانية﴾ الماء الذى خالطه زعفران أو غيره من الاشياء الطاهرة التى تنفك منه غالباً متى غيرت احد اوصافه فانه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعي ومطهر عند ابى حنيفة ما لم يكن التغير عن طبخ * وسبب اختلافهم هو خفاء تناول إسم الماء المطلق للماء الذى خالطه امثال هذه الاشياء أعنى هل يتناوله اولا يتناوله فمن رآ انه لا يتناوله اسم الماء المطلق وإنما يضاف إلى الشئ الذى خالطه فيقال ماء كذا لاماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء إنما يكون بالماء المطلق ومن رآ انه يتناوله إسم الماء المطلق اجاز الوضوء به ولظهور عدم تناول اسم الماء للماء المطبوخ مع شئ طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك فى مياه النبات المستخرجة منها الا ما في كتاب ابن شعبان من اجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناوله اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء الغسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه السلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته اغسليها بماء وسدر واجعلن في الاخيرة كافوراً أو شيئاً من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث ينسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والقلة

والفرق بينهما فاجازه مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يجزه مع الكثرة ﴿المسئلة الثالثة﴾ الماء المستعمل فى الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فقوم لم يجيزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعى وابي حنيفة وقوم كرهوه ولم يجيزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك واصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال ابوثور وداود واصحابه وشذ ابو يوسف فقال انه نجس * وسبب الخلاف في هذا ايضاً ما يظن به من انه ليس يتناوله اسم الماء المطلق حتى ان بعضهم غلا فظن ان اسم الغسالة احق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبى صلى الله عليه وسلم كان اصحابه يقتتلون على فضل وضوءه ولابد ان يقع من الماء المستعمل في الاناء الذي يعني فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لانه فى الاغلب ليس ينتهى الى ان يتغير احد اوصافه بدنس الاعضاء التى تغسل به فان انتهى فحكمه حكم الماء الذى تغير احد اوصافه بشئ طاهر وان كان هذا تعافه النفوس اكثر وهذا لحظ من كرهه واما من زعم انه نجس فلا دليل معه ﴿المسئلة الرابعة﴾ اتفق العلماء على طهارة اسئار المسلمين وبهيمة الانعام واختلفوا فيما عدى ذلك اختلافا كثيراً فمنهم من زعم ان كل حيوان طاهر السؤر ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذان القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافعى ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب الى ان الاسئار تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فالاسئار نجسة وان كانت مكروهة فالاسئار مكروهة وان كانت مباحة فالاسئار طاهرة واما سور المشرك فقيل انه نجس وقيل انه مكروه اذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع اسار الحيوانات التى لا تتوقى النجاسة غالبا مثل الدجاج المخلاة والابل الجلالة والكلاب المخلاة * وسبب اختلافهم في ذلك هو ثلاثة اشياء احدها معارضة القياس لظاهر الكتاب والثانى معارضته لظاهر الاثار والثالث معارضة الاثار بعضها بعضاً في ذلك اما القياس فهو انه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب ان يكون الحياة هى سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر العين فسؤره طاهر واما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس فى الخنزير والمشرك وذلك ان الله تعالي يقول في الخنزير فانه رجس وما هو رجس فى عينه فهو نجس في عينه ولذلك استثني قوم من الحيوان الحى الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له واما المشرك ففى قوله تعالى انما المشركون نجس فمن حمل هذا ايضاً على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك القياس المشركين ومن اخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه واما الاثار فانها عارضت هذا القياس فى الكلب والهر والسباع اما الكلب فحديث ابى هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه السلام اذا ولغ الكلب في اناء احدكم فليرقه وليغسله سبع مرات وفي بعض طرقه اولاهن بالتراب وفي بعض طرقه وعفروه الثامنة بالتراب واما الهر فما رواه قرة عن ابن سيرين عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طهور الاناء اذا ولغ فيه الهر ان يغسل مرة اومرتين وقرة ثقة عند اهل الحديث واما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن ابيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً واما تعارض الاثار فى هذا الباب فمنها انه روى عنه انه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التى بين مكة والمدينة يردها الكلاب والسباع فقال لها ما حملت فى بطونها ولكم ما غبر شرابا وطهوراً ونحو هذا حديث عمر الذى رواه مالك في موطاه وهو قوله ياصاحب الحوض لا تخبرنا فانا نرد على السباع وترد علينا وحديث ابى قتادة ايضاً الذى خرجه مالك ان كبشة سكبت له

وضوءاً فجاءت هرة لتشرب فاصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ليست بنجس
انما هى من الطوافين عليكم اوالطوافات فاختلف العلماء في تاويل هذه الآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور
فذهب مالك فى الامر باراقة سؤر الكلب وغسل الاناء منه الى ان ذلك عبادة غير معللة وان الماء الذى يلغ فيه
ليس بنجس ولم ير اراقة ما عدى الماء من الاشياء التى يلغ فيها الكلب فى المشهور عنه وذلك كما قلنا لمعارضة ذلك
القياس له ولانه ظن ايضاً انه ان فهم منه ان الكلب نجس العين عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا مما
امسكن عليكم يريد انه لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسته وايد هذا التاويل بما جاء فى غسله من العدد والنجاسات
ليس يشترط فى غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يعرج على سائر تلك الآثار لضعفها عنده واما
الشافعى فاستثنى الكلب من الحيوان الحى ورآ ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وان لعابه هو النجس لا
عينه فيما احسب وانه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى الخنزير لمكان الآية المذكورة واما ابو حنيفة فانه زعم ان المفهوم
من هذه الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص اريد به العام فقال
الآثار تابعة للحوم الحيوان واما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الاحاديث الواردة
فى ذلك واما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر فاستثنى من ذلك السباع فقط اما سؤر الكلب فللعدد المشترط
فى غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب له ولمعارضة حديث ابي قتادة له إذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل انها من الطوافين
والكلب طواف وأما الهرة فمصيراً الى ترجيح حديث أبى قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين وترجيح حديث ابن عمر
على حديث عمرو وما ورد فى معناه لمعارضة حديث أبى قتادة له بدليل الخطاب وذلك انه لما علل عدم النجاسة في الهرة بسبب
الطواف فهم منه ان ما ليس بطواف وهى السباع فاسئارها محرمة وممن ذهب هذا المذهب ابن القاسم واما أبو حنيفة
فقال كما قلنا بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد في غسله شرطاً في طهارة الاناء الذى ولغ فيه لانه عارض ذلك عنده
القياس في غسل النجاسات يعنى ان المعتبر فيها انما هو ازالة العين فقط وهذا على عادته فى رد اخبار الاحاد لمكان معارضة
الاصول اليها *قال القاضى فاستعمل من هذا الحديث بعضاً ولم يستعمل بعضاً أعنى أنه استعمل منه ما لم تعارضه عنده
الاصول ولم يستعمل ما عارضته منه الاصول وعضد ذلك بانه مذهب أبى هريرة الذى روى الحديث فهذه هى الاشياء
التى حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير في هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق فيها والمسئلة اجتهادية محضة
يعسر ان يوجد فيها ترجيح ولعل الارجح ان يستثنى من طهارة أسئار الحيوان الكلب والخنزير والمشرك لصحة الآثار
الواردة في الكلب ولان ظاهر الكتاب اولى ان يتبع في القول بنجاسة عين الخنزير والمشرك من القياس وكذلك ظاهر
الحديث وعليه أكثر الفقهاء اعنى على القول بنجاسة سؤر الكلب فان الامر باراقة ما ولغ فيه الكلب مخيل ومناسب
فى الشرع لنجاسة الماء الذى ولغ فيه أعنى ان المفهوم بالعادة في الشرع من الامر باراقة الشئ وغسل الاناء منه هو
لنجاسة الشيء وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير ان يكون الشرع يخص
نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظاً لها *قال القاضى وقد ذهب جدى رحمة الله عليه فى كتاب المقدمات إلى أن
هذا الحديث معلل معقول المعني ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع ان يكون الكلب الذى ولغ فى الاناء
كلباً فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذى هو السبع فى غسله فان هذا العدد قد استعمل فى الشرع
فى مواضع كثيرة فى العلاج والمداوات من الامراض وهذا الذى قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية

فانه اذا قلنا إن ذلك الماء غير نجس فالاولى ان يعطى علة في غسله من أن يقول انه غير معلل وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغني بعض الناس بان قال ان الكلب الكلب لايقرب الماء في حين كلبه وهذا الذى قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لافي مباديها وفى أول حدوثها فلامعنى لاعتراضهم وأيضاً فانه ليس في الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء ولعل فى سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعنى قبل ان يستحكم به الكلب ولايستنكر ورود مثل هذا فى الشرع فيكون هذا من باب ماورد في الذباب إذا وقع فى الطعام ان ينقل وتعليل ذلك بان فى أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وأما ماقيل في المذهب من ان هذا الكلب هو الكلب المنهي عن اتخاذه أو كلب الحضري فضعيف وبعيد من هذا التعليل إلا أن يقول قائل ان ذلك أعنى النهى من باب التحريج في اتخاذه

﴿المسئلة الخامسة﴾

اختلف العلماء فى اسئار الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم إلى أن اسئار الطهر ظاهرة باطلاق وهو مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة وذهب آخرون إلى أنه لايجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون إلى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة مالم تكن المرأة جنباً أو حائضاً وذهب آخرون إلى أنه لايجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن يشرعا معاً وقال قوم لايجوز وان شرعا معاً وهو مذهب أحمد بن حنبل * وسبب اختلافهم فى هذا اختلاف الآثار وذلك ان فى ذلك أربعة آثار أحدها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد والثانى حديث ميمونة أنه اغتسل من فضلها والثالث حديث الحكم الغفارى ان النبى عليه السلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرّجه أبوداود والترمذى والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرعان معاً فذهب العلماء فى تاويل هذه الاحاديث مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فى بعض والترجيح في بعض اما من رجح حديث اغتسال النبى صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانه مما اتفق الصحاح على تخريجه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسلا معاً أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لان المغتسلين معاً كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه أو صحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفارى فقال بطهر الاسئار على الاطلاق وأما من رجح حديث الغفارى على حديث ميمونة وهو مذهب أبى محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفارى وحديث اغتسال النبي مع أزواجه من اناء واحد فان فرق بين الاغتسال معاً وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط اجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يجز ان يتطهر هو من فضل طهرها واجاز ان تتطهر هى من فضل طهره واما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث كلها ماخلا حديث ميمونة فانه اخذ بحديث عبدالله بن سرجس لانه يمكن ان يجتمع عليه حديث الغفارى وحديث غسل النبى صلى الله عليه وسلم مع ازواجه من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهي الاتتوضأ المراة ايضاً بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرّجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من ان بعض رواته قال فيه اكثر ظنى واكثر علمي ان ابا الشعثا حدثنى واما من لم يجز لواحد منهما ان يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرعان معاً فلعله لم يبلغه من الاحاديث الا حديث الحكم الغفارى وقاس الرجل على المراة واما من نهي عن سؤر المراة الجنب والحائض فقط فلست اعلم له حجة الا انه مروى عن بعض السلف احسبه عن ابن عمر

﴿المسئلة السادسة﴾

صار ابو حنيفة من بين معظم اصحابه وفقهاء الامصار الى اجازة الوضوء بنبيذ التمر فى السفر لحديث ابن عباس أن ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال هل معك من ماء فقال معي نبيذ فى اداوتى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصبب فتوضأ به وقال شراب وطهور وحديث ابى رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمرة طيبة وماء طهور وزعموا انه منسوب الى الصحابة على وابن عباس وانه لا مخالف لهم من الصحابة فكان كالاجماع عندهم ورد اهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولانه قد روى من طرق اوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً قالوا فلم يجعل هاهنا وسطاً بين الماء والصعيد وبقوله عليه السلام الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر حجج وإذا وجد الماء فليمسه بشرته ولهم أن يقولوا ان هذا قد اطلق عليه فى الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضى نسخاً فيعارضها الكتاب لكن هذا الخلاف لقولهم الزيادة نسخ

﴿الباب الرابع في نواقض الوضوء﴾

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى اوجاء احد منكم من الغائط أو لامستم النساء وقوله عليه السلام لا يقبل الله صلاة من احدث حتى يتوضأ *واتفقوا من هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذى والودى لصحة الاثار فى ذلك إذا كان خروجها على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجرى منه مجري القواعد لهذا الباب

﴿المسئلة الاولى﴾

اختلف علماء الامصار فى انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم في ذلك الخارج وحده من أى موضع خرج وعلى أى جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأحمد وجماعة ولهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقئ إلا البلغم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة انه اذا ملأ الفم ففيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم الا مجاهد واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكر والدبر فقالوا كل ما خرج من هذين السبيلين فهو ناقض للوضوء من أى شئ خرج من دم أوحصا أو بلغم وعلى أى وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض وممن قال بهذا القول الشافعى وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذى والودى والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا فى الدم والحصاة والدود وضوء ولا فى السلس وممن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه *والسبب فى اختلافهم انه لما اجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط وبول وريح ومذى لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق الى ذلك ثلاثة احتمالات أحدها ان يكون الحكم انما علق باعيان هذه الاشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله الاحتمال الثانى ان يكون الحكم انما علق بهذه من جهة أنها انجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس والاحتمال الثالث ان يكون الحكم ايضاً انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على هذين القولين الاخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحداث المجتمع عليها انما هو من باب الخاص اريد به العام ويكون عند مالك واصحابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه فالشافعي وابو حنيفة اتفقا على أن الامر بها هو من باب الخاص اريد به العام واختلفا أى عام هو الذى قصد به فمالك يرجح مذهبه بان الاصل هو ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي محتج بان المراد به المخرج لا الخارج

باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الريح الذي يخرج من اسفل وعدم ايجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيهاً على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الريحين مختلفان في الصفة والرائحة وابو حنيفة يحتج لان المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة في الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكمية فان فيها شبهاً من الطهارة المعنوية أعني طهارة النجس وبحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ وبما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من ايجابهما الوضوء من الرعاف وبما روى من امره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المفهوم من هذا كله عند ابي حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعي وأبو حنيفة على ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لامره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك فرآ أن المرض له هاهنا تاثير في الرخصة قياساً أيضاً على ماروى أيضاً من أن المستحاضة لم تومر الا بالغسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت ابى حبيش هذا هو متفق على صحته ويختلف في هذه الزيادة فيه أعنى الامر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها ابو عمر بن عبد البر وقياساً على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع مثل ماروى أن عمر رضى الله عنه صلي وجرحه يثعب دماً

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء في النوم علي ثلاثة مذاهب فقوم رأوا انه حدث فاوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا انه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك علي مذهب من يعتبر الشك حتى إن بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من يتفقد حاله أعنى هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل فاوجبوا في الكثير المستثقل الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال من النوم اكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلف الفقهاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعاً اوساجداً فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيراً ومن نام جالساً فلا وضوء عليه الا ان يطول ذلك به *واختلف القول في مذهبه في الراكع فمرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد . وأما الشافعي فقال على كل نائم كيف ما نام الوضوء الا من نام جالساً . وقال ابو حنيفة وأصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعاً *وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أن هاهنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس في النوم وضوء اصلا كحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيطه ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه السلام اذا نعس احدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فانه لعله يذهب ان يستغفر ربه فيسب نفسه وماروى أيضاً أن اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضئون وكلها آثار ثابتة وهاهنا أيضاً احاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وأبينها في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك أنه قال كنا في سفر مع النبى صلى الله عليه وسلم فامرنا الا ننزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا ننزعها الا من جنابة فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذى ومنها حديث ابي هريرة المتقدم وهو قوله عليه السلام اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوءه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلي الصلاة أى اذا قمتم من النوم على ماروى عن زيد بن اسلم وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح اما اسقط وجوب

الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الاحاديث التي تسقطه واما اوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث التي توجبه أيضاً أعني على حسب ما ترجح عنده من الاحاديث الموجبة أو من الاحاديث المسقطة ومن ذهب مذهب الجمع حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على القليل وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح ما امكن الجمع عند اكثر الاصوليين اه وأما الشافعي فانما حملها على ان استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة أعني انهم كانوا ينامون جلوساً ولا يتوضئون ويصلون وإنما اوجبه أبو حنيفة في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو انه عليه السلام قال انما الوضوء على من نام مضجعاً والرواية بذلك ثابتة عن عمر وأما مالك فلما كان النوم عنده انما ينقض الوضوء من حيث كان غالباً سبباً للحدث راعى فيه ثلاثة أشياء الاستثقال أو الطول او الهيئة فلم يشترط في الهيئة التي يكون منها خروج الحدث غالباً لا الطول ولا الاستثقال واشترط ذلك في الهيئات التي لا يكون خروج الحدث منها غالباً

المسئلة الثالثة

اختلف العلماء في ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد او بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى أن من لمس امرأته بيده مفضياً اليها ليس بينها وبينه حجاب ولا ستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها لان القبلة عندهم لمس ما وسواء التذ أم لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعي وأصحابه الا انه مرة فرق بين اللامس والملموس فاوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما ومرة ايضاً فرق بين ذوات المحارم والزوجة فاوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوى المحارم ومرة سوى بينهما وذهب آخرون الى ايجاب الوضوء من اللمس اذا قارنته اللذة أو قصد اللذة في تفصيل لهم في ذلك وقع بحائل او بغير حائل باى عضو اتفق ما عدى القبلة فانهم لم يشترطوا لذة في ذلك وهو مذهب مالك وجمهور اصحابه ونفى قوم ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبي حنيفة ولكل سلف من الصحابة الا اشتراط اللذة فاني لا اذكر احداً من الصحابة اشترطها *وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس في كلام العرب فان العرب تطلقه مرة على اللمس الذي هو باليد ومرة تكنى به عن الجماع فذهب قوم الى أن اللمس الموجب للطهارة في آية الوضوء هو الجماع في قوله تعالى أو لامستم النساء وذهب آخرون الى أنه اللمس باليد ومن هؤلاء من رآه من باب العام اريد به الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام اريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط اللذة فانما دعاه الي ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند عوده بيديه وربما لمسته وخرج أهل الحديث حديث حبيب ابن ابى ثابت عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قبل بعض نسائه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هي الا انت فضحكت قال ابو عمر هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه مال ابو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث أيضاً من طريق معبد بن نباته وقال الشافعي ان ثبت حديث معبد بن نباتة في القبلة لم أر فيها ولا في اللمس وضوءً وقد احتج من اوجب الوضوء من اللمس باليد بان اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازاً على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز فالاولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولأولئك ان يقولوا ان المجاز اذا كثر استعماله كان ادل على المجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذي هو ادل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض الذي هو فيه حقيقة والذي اعتقده أن اللمس وان كانت دلالته على المعنيين بالسواء او قريب من السواء انه اظهر عندي في الجماع وان كان مجازاً لان الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة والمس عن الجماع وهو في معنى اللمس وعلى هذا التاويل في الآية يحتج بها في اجازة التيمم للجنب دون

تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ما سيأتي بعد وترتفع المعارضة التي بين الآثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية اللمسين معاً فضعيف فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك فانما تقصد به معنى واحداً من المعاني التي يدل عليها الاسم لا جميع المعاني التي يدل عليها وهذا بين بنفسه في كلامهم

﴿المسئلة الرابعة﴾

مس الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم من رأى أن الوضوء فيه كيف ما مسه وهو مذهب الشافعي وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم ير فيه وضوءاً أصلا وهو أبو حنيفة وأصحابه ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين وقوم فرقوا بين أن يمسه بحال أو لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء افترقوا فيه فرقاً فمنهم من فرق فيه بين أن يلتذ أو لا يلتذ ومنهم من فرق بين أن يمسه بباطن الكف أو لا يمسه فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوها مع عدمها وكذلك أوجبه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبه مع المس بظاهرها وهذان الاعتباران مرويان عن أصحاب مالك وكان اعتبار باطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة وفرق قوم في ذلك بين العمد والنسيان فأوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروي عن مالك وهو قول داود وأصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب قال أبو عمر وهذا الذي استقر من مذهب مالك عند أهل المغرب من أصحابه والرواية عنه فيه مضطربة وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو أشهر الأحاديث الواردة في ايجاب الوضوء من مس الذكر خرجه مالك في الموطا وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وضعفه أهل الكوفة وقد روي أيضاً معناه من طريق أم حبيبة وكان أحمد بن حنبل يصححه وقد روي أيضاً معناه من طريق أبي هريرة وكان ابن السكن أيضاً يصححه ولم يخرجه البخاري ولا مسلم والحديث الثاني المعارض له حديث طلق بن علي قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوي فقال يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد أن يتوضأ فقال وهل هو الا بضعة منك خرجه أيضاً أبو داود والترمذي وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث أحد مذهبين اما مذهب الترجيح أو النسخ وأما مذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة أو رآه ناسخاً لحديث طلق بن علي قال بايجاب الوضوء من مس ذكره ومن رجح حديث طلق بن علي أسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام أن يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه في حال ولم يوجبه في حال أو حمل حديث بسرة على الندب وحديث طلق بن علي على نفي الوجوب والاحتجاجات التي يحتج بها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة يطول ذكرها وهي موجودة في كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا اليه

﴿المسئلة الخامسة﴾

اختلف الصدر الأول في ايجاب الوضوء من أكل ما مسته النار لاختلاف الآثار الواردة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. واتفق جمهور فقهاء الأمصار بعد الصدر الأول على سقوطه اذ صح عندهم أنه عمل الخلفاء الأربعة ولما ورد من حديث جابر أنه قال كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار خرجه أبو داود ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحاق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجزور لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه السلام

﴿المسئلة السادسة﴾

شذ أبو حنيفة فأوجب الوضوء من الضحك في الصلاة لمرسل أبي العالية وهو أن قوماً ضحكوا في الصلاة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم باعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلا ولمخالفته للأصول وهو أن يكون شيء ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها

في غير الصلاة وهو مرسل صحيح ﴿المسئلة السابعة﴾ وقد شذ قوم فاوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتاً فليغتسل ومن حمله فليتوضأ وينبغي ان تعلم ان جمهور العلماء اوجبوا الوضوء من زوال العقل باى نوع كان من قبل اغماء اوجنون كان اومسكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعني انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب الوضوء في الحالة التي هو سبب للحدث غالباً وهو الاستثقال فاحرى ان يكون ذهاب العقل سبباً لذلك فهذه هي مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغي ان نصير الى الباب الخامس

﴿الباب الخامس﴾ وهو معرفة الافعال التي تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة الآية وقوله عليه السلام لايقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وان كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة او من شروط الوجوب ولم يختلفوا ان ذلك شرط في جميع الصلوات الا في صلاة الجنازة وفي السجود أعني سجود التلاوة فان فيه خلافاً شاذاً *والسبب في ذلك الاحتمال العارض في اطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود فمن ذهب الى ان اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب الى انه لاينطلق عليهما اذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود ايضاً ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة اربع مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾ هل هذه الطهارة شرط في مس المصحف أم لا فذهب مالك وابو حنيفة والشافعي الي انها شرط في مس المصحف وذهب اهل الظاهر الى انها ليست بشرط في ذلك *والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى لايمسه الا المطهرون بين ان يكون المطهرون هم بنو آدم وبين ان يكونوا هم الملائكة وبين ان يكون هذا الخبر مفهومه النهي وبين ان يكون خبراً لانهياً فمن فهم من المطهرين بني آدم وفهم من الخبر النهي قال لايجوز ان يمس المصحف الا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقي الامر على البراءة الاصلية وهي الاباحة وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم أن النبي عليه السلام كتب لايمس القرآن الا طاهر وأحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها لانها مصحفة ورأيت ابن المفوز يصححها اذا رواها الثقات لانها كتاب النبي عليه السلام وكذلك احاديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده واهل الظاهر يردونهما ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر لانهم غير مكلفين

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الجنب في احوال احدها اذا اراد ان ينام وهو جنب فذهب الجمهور الى استحبابه دون وجوبه وذهب اهل الظاهر الى وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر انه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو ايضاً مروى عنه من طريق عائشة وذهب الجمهور الى حمل الامر بذلك على الندب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبته وجوب الطهارة لارادة النوم أعني المناسبة الشرعية وقد احتجوا ايضاً لذلك باحاديث أثبتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأتى بطعام فقالوا الا نأتيك بطهر فقال أأصلي فأتوضأ وفي بعض رواياته فقيل له الا تتوضأ فقال ما اردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال به ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب من اضعف انواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه السلام كان ينام وهو جنب لايمس الماء الا

انه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب الذى يريد ان يأكل او يشرب وعلى الذى يريد ان يعاود اهله فقال الجمهور فى هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الاشياء وذلك أن الطهارة انما فرضت في الشرع لاحوال التعظيم كالصلاة وأيضاً فلمكان تعارض الآثار في ذلك وذلك انه روى عنه عليه السلام انه امر الجنب إذا اراد ان يعاود اهله أن يتوضأ وروى عنه انه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روى عنه منع الاكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروى عنه اباحة ذلك ﴿المسئلة الثالثة﴾ ذهب مالك والشافعى الى اشتراط الوضوء فى الطواف وذهب ابو حنيفة الى اسقاطه * وسبب اختلافهم تردد الطواف بين ان يلحق حكمه بحكم الصلاة اولا يلحق وذلك انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فاشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء فى بعض الآثار تسمية الطواف صلاة وحجة ابى حنيفة أنه ليس كل شئ منعه الحيض فى الطهارة شرط في فعله اذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور ﴿المسئلة الرابعة﴾ ذهب الجمهور الى انه يجوز لغير متوضئ ان يقرأ القرآن ويذكر الله وقال قوم لا يجوز ذلك له الا ان يتوضأ * وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث ابي جهم قال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بير جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى اقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه رد عليه السلام السلام والحديث الثانى حديث على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يحجزه عن قراءة القرآن شئ الا الجنابة فصار الجمهور الى أن الحديث الثانى ناسخ للاول وصار من اوجب الوضوء لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول

﴿كتاب الغسل﴾

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى وان كنتم جنباً فاطهروا والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ومعرفة ما به تفعل وهو الماء المطلق في ثلاثة ابواب. الباب الاول فى معرفة العمل فى هذه الطهارة. والثانى في معرفة نواقض هذه الطهارة. والباب الثالث في معرفة احكام نواقض هذه الطهارة. فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولا خلاف فى ذلك وكذلك لا خلاف فى وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك احكام المياه قد تقدم القول فيها

﴿الباب الاول﴾

وهذا الباب يتعلق به اربع مسائل * المسئلة الاولى اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال فى طهارة اعضاء الوضوء أم يكفى فيها افاضة الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه على بدنه فاكثر العلماء على أن افاضة الماء كافية فى ذلك وذهب مالك وجل اصحابه والمزنى من اصحاب الشافعي الى انه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل بعد * والسبب في اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة فى صفة الغسل لقياس الغسل في ذلك على الوضوء وذلك أن الاحاديث الثابتة التى وردت في صفة غسله عليه السلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التدلك وانما فيها افاضة الماء فقط ففى حديث عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ثم ياخذ الماء فيدخل اصابعه فى اصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة فى حديث ميمونة قريبة من هذه الا انه اخر غسل رجليه من اعضاء الوضوء الي آخر الطهر وفي حديث ام سلمة ايضاً وقد سألته عليه السلام هل تنقض ضفر رأسها لغسل الجنابة فقال عليه السلام إنما يكفيك ان تحثي على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم تفيض عليك الماء فاذا انت قد طهرت وهو أقوى فى اسقاط التدلك من تلك الاحاديث الاخر لانه يمكن هنالك ان يكون الواصف لطهره قد

ترك التدلك واما هاهنا فانما حصر لها شروط الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هي أكمل صفاتها وأن ما ورد في حديث ام سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وان الوضوء في أول الطهر ليس من شرط الطهر الاخلافا شاذاً روى عن الشافعي وفيه قوة من جهة ظواهر الاحاديث وفي قول الجمهور قوة من جهة النظر لان الطهارة ظاهر من أمرها انما شرط في صحة الوضوء لا الوضوء شرط في صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث وطريقة الشافعي تغليب ظاهر الاحاديث على القياس فذهب قوم كما قلنا إلى ظاهر الاحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الاحاديث فاوجبوا التدلك كالحال في الوضوء فمن رجح القياس صار الى ايجاب التدلك ومن رجح ظاهر الاحاديث على القياس صار إلى اسقاط التدلك أعني بالقياس قياس الطهر على الوضوء واما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف اذ كان اسم الطهر والغسل ينطلق في كلام العرب على المعنيين جميعاً على حد سواء

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النية أم لا كاختلافهم في الوضوء فذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه الى ان النية من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري الى انها تجزى بغير نية كالحال في الوضوء عندهم * وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة أيضاً كاختلافهم فيهما في الوضوء أعني هل هي واجبة فيها أم لا فذهب قوم الى انها غير واجبة فيها وذهب قوم إلى وجوبها وممن ذهب إلى عدم وجوبها مالك والشافعي وممن ذهب إلى وجوبها أبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث ام سلمة للاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه عليه السلام في طهره وذلك ان الاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث ام سلمة ليس فيه أمر لا بمضمضة ولا باستنشاق فمن جعل حديث عائشة وميمونة مفسراً لمجمل حديث ام سلمة ولقوله تعالى وإن كنتم جنباً فاطهروا أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضاً جمع بينهما بان حمل حديثي عائشة وميمونة على الندب وحديث ام سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تخليل الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة أم لا ومذهب مالك انه مستحب ومذهب غيره انه واجب وقد عضد مذهبه من أوجب التخليل بما روى عنه عليه السلام انه قال تحت كل شعرة جنابة فانقوا البشر وبلوا الشعر

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب ام ليسا من شرطها كاختلافهم من ذلك في الوضوء *وسبب اختلافهم في ذلك هل فعله عليه السلام محمول على الوجوب أو على الندب فانه لم ينقل عنه عليه السلام انه توضأ قط الا مرتبا متواليا وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب في هذه الطهارة ابين منها في الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه السلام في حديث ام سلمة انما يكفيك ان تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضي الماء على جسدك وحرف ثم يقتضي الترتيب فلا خلاف بين أهل اللغة

﴿الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة﴾ والاصل في هذا الباب قوله تعالى وإن كنتم جنباً فاطهروا وقوله ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى الاية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين أحدهما خروج المني على وجه الصحة في النوم أو في اليقظة من ذكر كان أو انثى الا ما روى عن النخعي من انه كان لا يرى على المرأة غسلا من الاحتلام وانما اتفق الجمهور على مساوات المرأة في الاحتلام للرجل لحديث ام سلمة

الثابت انها قالت يارسول الله المرأة ترى في المنام مثل مايرى الرجال هل عليها غسل قال نعم اذا رأت الماء واما الحديث الثانى الذى اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض أعنى اذا انقطع وذلك أيضاً لقوله تعالي ويسئلونك عن المحيض الاية ولتعليمه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها من النساء واختلفوا فى هذا الباب مما يجرى مجرى الاصول في مسئلتين مشهورتين

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى سبب ايجاب الطهر من الوطئ فمنهم من رآ الطهر واجباً فى التقاء الختانين انزل أو لم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار مالك وأصحابه والشافعي واصحابه وجماعة من أهل الظاهر وذهب قوم من أهل الظاهر الى ايجاب الطهر مع الانزال فقط *والسبب فى اختلافهم في ذلك تعارض الاحاديث فى ذلك أنه ورد فى ذلك حديثان ثابتان اتفق اهل الصحيح على تخريجهما قال القاضى رضى الله عنه ومتي قلت ثابت فانما اعنى به ما خرجه البخارى أو مسلم أو ما اجتمعا عليه أحدهما حديث أبى هريرة عن النبي عليه السلام انه قال اذا قعد بين شعبها الاربع والزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثانى حديث عثمان انه سئل فقيل له ارأيت الرجل اذا جامع أهله ولم يمن قال عثمان يتوضا كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء فى هذين الحديثين مذهبين أحدهما مذهب النسخ والثاني مذهب الرجوع الي ما عليه الاتفاق عند التعارض الذى لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور راوا أن حديث أبي هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ما روى عن أبى بن كعب انه قال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انما جعل ذلك رخصة فى اول الاسلام ثم امر بالغسل خرجه ابو داود واما من رآ ان التعارض بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث ابى هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع ان مجاوزة الختانين توجب الحد وجب ان يكون هو الموجوب للغسل وحكوا ان هذا القياس ماخوذ عن الخلفاء الاربعة ورجح الجمهور ذلك ايضاً من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرجه مسلم

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء في الصفة المعتبرة فى كون خروج المنى موجباً للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة فى ذلك وذهب الشافعي الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة او بغير لذة *وسبب اختلافهم فى ذلك هو شيئان احدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذى اجنب على الجهة الغير المعتادة ام ليس ينطلق عليه فمن رآ انه انما ينطلق على الذى اجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر في خروجه من غير لذة ومن رآ انه ينطلق على خروج المنى كيف ما خرج اوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة والسبب الثانى تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم فى خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهراً ام ليس يوجبه فسنذكره فى باب الحيض وان كان من هذا الباب وفى المذهب في هذا الباب فرع وهو اذا انتقل من اصل مجاريه بلذة ثم خرج فى وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من المجامع بعد ان يتطهر فقيل يعيد الطهر وقيل لا يعيده وذلك ان هذا النوع من الخروج صحبته اللذة فى بعض نقلته ولم يصحبه فى بعض فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب عليه طهر

﴿الباب الثالث في احكام هذين الحدثين اعنى الجنابة والحيض﴾ اما احكام الحدث الذي هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء فى دخول المسجد للجنب على ثلاثة اقوال فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك واصحابه وقوم منعوا ذلك الا لعابر فيه لا مقيم ومنهم الشافعي وقوم اباحوا ذلك للجميع ومنهم داود واصحابه فيما احسب * وسبب اختلاف الشافعي واهل الظاهر هو

تردد قوله تبارك وتعالى ياايها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وانتم سكارى الآية بين ان يكون في الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة اى لاتقربوا موضع الصلاة ويكون عابر سبيل استثناء من النهى عن قرب موضع الصلاة وبين الا يكون هنالك محذوف اصلا وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذى عدم الماء وهو جنب فمن رأى ان فى الآية محذوفا اجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم ير ذلك لم يكن عنده في الآية دليل على منع الجنب الاقامة فى المسجد واما من منع العبور في المسجد فلا اعلم له دليلا الاظاهر ماروي عنه عليه السلام انه قال لااحل المسجد لجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند اهل الحديث واختلافهم فى الحائض فى هذا المعنى هو اختلافهم فى الجنب ﴿المسئلة الثانية﴾ مس الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الي منعه وهم الذين منعوا ان يمسه غير متوضئ *وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم فى منع غير المتوضئ ان يمسه اعنى قوله لايمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف فى الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم فى منع الحائض مسه ﴿المسئلة الثالثة﴾ قراءة القرآن للجنب اختلف الناس فى ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى اباحة ذلك *والسبب فى ذلك الاحتمال المتطرق الي حديث على انه قال كان عليه السلام لايمنعه من قراءة القرآن شئ الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيئاً لانه ظن من الراوى ومن اين يعلم احد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة الالو اخبره بذلك والجمهور راوا انه لم يكن على رضى الله عنه يقول هذا عن توهم ولاظن وانما قاله عن تحقق وقوم جعلوا الحائض فى هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فاجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا لطول مقامها حائضاً وهو مذهب مالك فهذه هى احكام الجنابة { واما احكام الدماء الخارجة من الرحم } فالكلام المحيط باصولها ينحصر فى ثلاثة ابواب احدها معرفة انواع الدماء الخارجة من الرحم والثاني معرفة العلامات التى تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر اوالاستحاضة والاستحاضة ايضاً الى الطهر والثالث معرفة احكام الحيض والاستحاضة اعنى موانعهما وموجباتهما ونحن نذكر فى كل باب من هذه الابواب الثلاثة من المسائل مايجرى مجري القواعد والاصول لجميع مافى هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه ﴿الباب الاول﴾ اتفق المسلمون على ان الدماء التي تخرج من الرحم ثلاثة دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة ودم استحاضة وهوالخارج علي جهة المرض وانه غير دم الحيض لقوله عليه السلام انما ذلك عرق وليست بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد ﴿الباب الثاني﴾ اما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك فى الاكثر تنبنى على معرفة ايام الدماء المعتادة وايام الاطهار ونحن نذكر منها مايجري مجرى الاصول وهى سبع مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء فى اكثر ايام الحيض واقلها واقل ايام الطهر فروى عن مالك ان اكثر ايام الحيض خمسة عشر يوما وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة اكثره عشرة ايام واما اقل ايام الحيض فلاحد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضاً الا انه لا تعتد بها فى الاقراء فى الطلاق وقال الشافعي اقله يوم وليلة وقال ابو حنيفة اقله ثلاثة ايام واما اقل الطهر فاضطربت فيه الروايات عن مالك فروى عنه عشرة ايام وروى عنه ثمانية ايام وروى خمسة عشر يوما والى هذه الرواية مال البغداديون من اصحابه وبه قال الشافعى وابو حنيفة وقيل سبعة عشر يوما وهو اقصى ما انعقد عليه الاجماع فيما احسب واما اكثر الطهر فليس له عندهم

حد واذا كان هذا موضوعا من اقاويلهم فمن كان لاقل الحيض عنده قدر معلوم وجب ان يكون ما كان اقل من ذلك القدر اذا ورد في زمن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لاقل الحيض عنده قدر محدود وجب ان تكون الدفعة عنده حيضاً ومن كان ايضاً عنده اكثره محدوداً وجب ان يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على ضربين مبتداة ومعتادة فالمبتداة تترك الصلاة برؤية اول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوما فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي الا ان مالكا قال تصلي من حين تتيقن الاستحاضة وعند الشافعي انها تعيد صلاة ما سلف لها من الايام الا اقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد ايام لداتها ثم تستظهر بثلاثة ايام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة واما المعتادة ففيها روايتان عن مالك احداهما بناؤها على عادتها وزيادة ثلاثة ايام مالم تجاوز اكثر مدة الحيض والثانية جلوسها الى انقضاء أكثر مدة الحيض او تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييز وقال الشافعي تعمل على ايام عادتها وهذه الاقاويل كلها مختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره واقل الطهر لامستند لها الا التجربة والعادة وكل إنما قال من ذلك ما ظن ان التجربة اوقفت على ذلك ولاختلاف ذلك في النساء عسر ان يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وانما اجمعوا بالجملة على ان الدم إذا تمادى أكثر من مدة أكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لفاطمة بنت حبيش فاذا اقبلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا ذهبت قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي والمتجاوزة لامد أكثر أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وإنما صار الشافعي ومالك رحمه الله في المعتادة في احدى الروايتين عنه إلى أنها تبني على عادتها لحديث ام سلمة الذي رواه في الموطا ان امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها ام سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لتنظر الى عدد الليالي والايام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل ان يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصلي فالحقوا حكم الحائض التي تشك في الاستحاضة بحكم المستحاضة التي تشك في الحيض وإنما رآ أيضاً في المبتدأة ان يعتبر ايام لداتها لان ايام لداتها شبيهة بايامها فجعل حكمهما واحداً واما الاستظهار الذي قال به مالك بثلاثة أيام فهو شيء انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم في ذلك جميع فقهاء الامصار ما عدى الاوزاعي اذ لم يكن لذلك ذكر في الاحاديث الثابتة وقد روى في ذلك أثر ضعيف

﴿ المسئلة الثانية ﴾ ذهب مالك وأصحابه في الحائض التي تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض يوما أو يومين وتطهر يوما أو يومين الى أنها تجمع ايام الدم بعضها الى بعض وتلغى ايام الطهر وتغتسل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراه وتصلي فانها لاتدري لعل ذلك طهر فاذا اجتمع لها من ايام الدم خمسة عشر يوما فهي مستحاضة وبهذا القول قال الشافعي وروى عن مالك أيضاً أنها تلفق ايام الدم وتعتبر بذلك ايام عادتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة ايام فان انقطع الدم والا فهي مستحاضة وجعله الايام التي لاترى فيها الدم غير معتبرة في العدد لامعنى له فانه لاتخلوا تلك الايام ان تكون ايام حيض أو ايام طهر فان كانت ايام حيض فيجب ان تلفقها الى ايام الدم وان كانت ايام طهر فليس يجب ان تلفق ايام الدم اذ كان قد تخللها طهر والذي يجيء على اصوله انها ايام حيض لا ايام طهر اذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق ان دم الحيض ودم النفاس يجرى ثم ينقطع يوما ويومين ثم يعود حتى تنقضي ايام الحيض أو ايام النفاس كما تجرى ساعة أو ساعتين من النهار ثم تنقطع

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في أقل النفاس وأكثره فذهب مالك الى أنه لا حد لاقله وبه قال الشافعي وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصرى عشرون يوما وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسئل عن ذلك النساء واصحابه ثابتون على القول الاول وبه قال الشافعى واكثر اهل العلم من الصحابة على ان اكثره اربعون يوما وبه قال ابو حنيفة وقد قيل تعتبر المراة فى ذلك ايام اشباهها من النساء فاذا جاوزتها فهى مستحاضة وفرق قوم بين ولادة الذكر وولادة الانثي فقالوا للذكر ثلاثون يوما وللانثى اربعون يوما * وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف احوال النساء في ذلك ولانه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال فى اختلافهم في ايام الحيض والطهر ﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذى ترى الحامل هو حيض ام استحاضة فذهب مالك والشافعي في اصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب ابو حنيفة واحمد والثورى وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الا ان يصيبها الطلق فانهم اجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض فى منعه الصلاة وغير ذلك من احكامه ولمالك واصحابه فى معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تمادى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة اقوال مضطربة واحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها اعنى اما ان تقعد اكثر ايام الحيض ثم هى مستحاضة واما ان تستظهر على ايامها المعتادة بثلاثة ايام مالم يكن مجموع ذلك اكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقعد حائضا ضعف اكثر ايام الحيض وقيل انها تضعف اكثر ايام الحيض بعدد الشهور التى مرت لها فى الشهر الثانى من حملها تضعف ايام اكثر الحيض مرتين وفى الثالث ثلاث مرات وفى الرابع اربع وكذلك مازادت الاشهر * وسبب اختلافهم فى ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الأمرين فانه مرة يكون الدم الذى تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المراة وافرة والجنين صغيرا وبذلك امكن ان يكون حمل على حمل على ما حكاه جقواط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذى تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها فى الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الاكثر علة ﴿المسئلة الخامسة﴾ اختلف الفقهاء فى الصفرة والكدرة هل هى حيض ام لا فرات جماعة انها حيض في ايام الحيض وبه قال الشافعى وابو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفى المدونة عنه ان الصفرة والكدرة حيض فى ايام الحيض وفى غير ايام الحيض رات ذلك مع الدم او لم تره وقال داود وابو يوسف ان الصفرة والكدرة لا تكون حيضة الا باثر الدم * والسبب فى اختلافهم مخالفة ظاهر حديث ام عطية لحديث عائشة وذلك انه روى عن ام عطية انها قالت كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا وروى عن عائشة أن النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدرة من دم الحيض يسئلنها عن الصلاة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا سواء ظهرت فى ايام الحيض اوفى غير ايامه مع الدم او بلا دم فان حكم الشئ الواحد فى نفسه ليس يختلف ومن رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث ام عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة فى اثر انقطاعه او أن حديث عائشة هو في ايام الحيض وحديث ام عطية فى غير ايام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث ام عطية ولم يروا الصفرة ولا الكدرة شيئا لا فى ايام حيض ولا في غيرها ولا باثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول رسول

الله

الله صلى الله عليه وسلم دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدرة ليست بدم وانما هي من سائر الرطوبات التي ترخيها الرحم وهو مذهب ابي محمد بن حزم

﴿المسئلة السادسة﴾ اختلف الفقهاء في علامة الطهر فرأى قوم أن علامة الطهر رؤية القصة البيضاء او الجفوف وبه قال ابن حبيب من اصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادتها ان تطهر بالقصة البيضاء او بالجفوف أي ذلك رأت طهرت به وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها الجفوف وذلك في المدونة عن مالك * وسبب اختلافهم أن منهم من راعي العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التي عادتها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التي عادتها القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لاصحاب مالك

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلف الفقهاء في المستحاضة اذا تمادي بها الدم متى يكون حكمها حكم الحيض كما اختلفوا في الحائض اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك في المستحاضة ابداً حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو اكثر من اقل ايام الطهر فحينئذ تكون حائضاً أعني اذا اجتمع لها هذان الشيئان تغير الدم بمرلها في الاستحاضة من الايام ما يمكن ان يكون طهراً والا فهي مستحاضة ابداً وقال ابو حنيفة تقعد ايام عادتها ان كانت لها عادة وان كانت مبتدأة قعدت اكثر الحيض وذلك عنده عشرة ايام وقال الشافعي تعمل على التمييز ان كانت من اهل التمييز وان كانت من اهل العادة عملت على العادة وان كانت من اهلهما معاً فله في ذلك قولان أحدهما تعمل على التمييز والثاني على العادة * والسبب في اختلافهم ان في ذلك حديثين مختلفين احدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت ابي حبيش أن النبي عليه السلام امرها وكانت مستحاضة ان تدع الصلاة قدر ايامها التي كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذي اصابها ثم تغتسل وتصلي وفي معناه ايضاً حديث ام سلمة المتقدم الذي خرجه مالك والحديث الثاني ما خرجه ابو داود من حديث فاطمة بنت ابي حبيش انها كانت استحيضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دم الحيضة اسود يعرف فاذا كان ذلك فامكثي عن الصلاة واذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق وهذا الحديث صححه ابو محمد بن حزم فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع فمن ذهب مذهب ترجيح حديث ام سلمة وما ورد في معناه قال باعتبار الايام ومالك رضى الله عنه اعتبر عدد الايام فقط في الحائض التي تشك في الاستحاضة ولم يعتبرها في المستحاضة التي تشك في الحيض أعني لا عددها ولا موضعها من الشهر اذ كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء في المستحاضة التي تشك في الحيض فاعتبر الحكم في الفرع ولم يعتبره في الاصل وهذا غريب فتأمله ومن رجح حديث فاطمة بنت ابي حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعي مع اعتبار لون الدم مضى ما يمكن ان يكون طهراً من ايام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الواحد هو التي تعرف عدد ايامها من الشهر وموضعها والثاني التي لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى انها ان لم تكن من اهل التمييز ولا تعرف موضع ايامها من الشهر وتعرف عددها او لا تعرف عددها انها تحرى على حديث حمنة بنت جحش صححه الترمذي وفيه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال لها انما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة ايام او سبعة ايام في علم الله ثم اغتسلي وسيأتي الحديث بكماله بعد عند حكم المستحاضة في الطهر فهذه هي مشهورات المسائل التي في هذا الباب وهي بالجملة واقعة في اربعة مواضع احدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض والثاني معرفة انتقال الحيض الى الطهر والثالث معرفة انتقال الحيض الي الاستحاضة والرابع معرفة

انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذي وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فسكوت عنها أعني عن تحديدها وكذلك الامر فى انتقال النفاس الى الاستحاضة

﴿ الباب الثالث ﴾

وهو معرفة احكام الحيض والاستحاضة والاصل فى هذا الباب قوله تعالي ويسئلونك عن المحيض الآية والاحاديث الواردة فى ذلك التى سنذكرها. واتفق المسلمون على ان الحيض يمنع اربعة اشياء، أحدها فعل الصلاة ووجوبها أعني انه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم. والثاني انه يمنع فعل الصوم لاقضاءه وذلك لحديث عائشة الثابت انها قالت كنانومر بقضاء الصيام ولانومر بقضاء الصلاة وانما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج. والثالث فيما احسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تفعل كل ما يفعل الحاج غير الا تطوفى بالبيت. والرابع الجماع في الفرج لقوله تعالى فاعتزلوا النساء فى المحيض الآية *واختلفوا من احكامها فى مسائل يذكر منها مشهوراتها وهى خمس

﴿المسئلة الاولى﴾

اختلف الفقهاء فى مباشرة الحائض ومايستباح منها فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة له منها مافوق الازار فقط وقال سفيان الثوري وداود الظاهرى انما يجب عليه ان يجتنب موضع الدم فقط *وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذى فى مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد فى الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وام سلمة انه عليه السلام كان يامر اذا كانت احداهن حائضاً ان تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد ايضاً من حديث ثابت عن انس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا كل شىء بالحائض الا النكاح وذكر ابو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهى حائض اكشفى عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذى وحنيت عليه حتى دفى وكان قد اوجعه البرد وأما الاحتمال الذى في آية الحيض فهو تردد قوله تعالى قل هو اذى فاعتزلوا النساء فى المحيض بين ان يحمل على عمومه الا ما خصصه الدليل او ان يكون من باب العام اريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه قل هو اذى والاذى انما يكون فى موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم أعنى انه اذا كان الواجب عنده ان يحمل هذا القول على عمومه حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الاصوليين ومن كان عنده من باب العام اريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الازار وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذى نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه اذى فحمل احاديث المنع لما تحت الازار على الكراهية وأحاديث الاباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تاويلهم هذا بانه قد دلت السنة انه ليس من جسم الحائض شيء نجس الا موضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة ان تناوله الخمرة وهى حائض فقالت اني حائض فقال عليه السلام إن حيضتك ليست في يدك وماثبت ايضاً من ترجيلها رأسه عليه السلام وهى حائض وقوله عليه السلام ان المومن لاينجس

﴿المسئلة الثانية﴾

اختلفوا فى وطء الحائض فى طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعى والجمهور الي ان ذلك لايجوز حتى تغتسل وذهب أبو حنيفة واصحابه الى ان ذلك جائز اذا طهرت لاكثر امد الحيض وهو عنده عشرة ايام وذهب الاوزاعي الي أنها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطئها اعنى كل حائض طهرت متى طهرت وبه قال ابو محمد بن حزم* وسبب اختلافهم الاحتمال الذى فى قوله تعالى فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله هل المراد به الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض ام الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء فهل المراد به طهر جميع الجسد أم طهر الفرج فان الطهر في كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه

الثلاثة المعاني وقد رجح الجمهور مذهبهم بان صيغة التفعل انما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى فاذا تطهرن اظهر في معنى الغسل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والاظهر يجب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح ابو حنيفة مذهبه بان لفظ يفعلن في قوله تعالى حتى يطهرن هو اظهر في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر في قوله تعالى حتى يطهرن معنى واحداً من هذه المعاني الثلاثة ان يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهرن لانه مما ليس يمكن او مما يعسر ان يجمع في الآية بين معنيين من هذه المعاني مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهرن النقاء ويفهم من لفظ تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكيين في الاحتجاج لمالك فانه ليس من عادة العرب ان يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فاعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فاعطه درهما لان الجملة الثانية هي مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأول قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن على انه النقاء وقوله فاذا تطهرن على انه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فاعطه درهما وذلك غير مفهوم في كلام العرب الا ان يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهرن ويتطهرن فاذا تطهرن فاتوهن من حيث امركم الله وفي تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه الا ان يقول قائل لظهور لفظ التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف في الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة اظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد هاهنا اذا انتهي بنظره الى مثل هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فما رجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه وأعني بالظاهرين ان يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن في الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف في الآية ان احب أن يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء فاي الظاهرين كان عنده ارجح عمل عليه أعني اما الا يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فاذا تطهرن على النقاء او يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فاذا تطهرن على الغسل بالماء او يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن في الاغتسال وظهور لفظ يتطهرن في النقاء فأي كان عنده اظهر ايضاً صرف تاويل اللفظ الثاني له وعمل على انهما يدلان في الآية على معنى واحد أعني اما على معنى النقاء واما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباع النظر الفقهي ان ينتهي في هذه الاشياء الى اكثر من هذا فتأمله وفي مثل هذه الحال يسوغ ان يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار ابي حنيفة اكثر الحيض في هذه المسئلة فضعيف ﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف الفقهاء في الذي ياتي امرأته وهي حائض فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وقال احمد بن حنبل يتصدق بدينار او بنصف دينار وقالت فرقة من اهل الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار * وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الاحاديث الواردة في ذلك او وهيها وذلك انه روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي ياتي امرأته وهي حائض انه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى ايضاً في حديث ابن عباس هذا انه ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار وروى في هذا الحديث يتصدق بخمسي دينار وبه قال الاوزاعي فمن صح عنده شيء من هذه الاحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنده شيء منها وهم الجمهور عمل على الاصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل ﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف العلماء في المستحاضة فقوم اوجبوا عليها طهراً واحداً فقط وذلك عندما ترى انه قد انقضت حيضتها باحدي تلك العلامات التي تقدمت على حسب مذهب هؤلاء

في تلك العلامات وهؤلاء الذين اوجبوا عليها طهراً واحداً انقسموا قسمين فقوم اوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة
وقوم استحبوا ذلك لها ولم يوجبوه عليها والذين اوجبوا عليها طهراً واحداً فقط هو مالك والشافعى وأبو حنيفة
وأصحابهم واكثر فقهاء الامصار واكثر هؤلاء اوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها الا استحبابا
وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة ان تتطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب ان تؤخر
الظهر الى اول العصر ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب الى آخر وقتها واول وقت العشاء وتتطهر
طهراً ثانياً وتجمع بينهما ثم تتطهر طهراً ثالثاً لصلاة الصبح فاوجبوا عليها ثلاثة اطهار فى اليوم والليلة وقوم رأوا أن
عليها طهراً واحداً فى اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يحد له وقتاً وهو مروى عن على ومنهم من رأى ان تتطهر من طهر الى
طهر فيتحصل فى المسئلة بالجملة اربعة اقوال قول انه ليس عليها الا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض وقول ان
عليها الطهر لكل صلاة وقول ان عليها ثلاثة اطهار فى اليوم والليلة وقول ان عليها طهراً واحداً في اليوم والليلة
*والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الاحاديث الواردة فى ذلك وذلك ان الوارد في ذلك من
الاحاديث المشهورة أربعة احاديث واحدها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها اما المتفق على صحته فحديث عائشة
قالت جاءت فاطمة ابنة أبى حبيش إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله انى امرأة استحاض فلا أطهر
أفأدع الصلاة فقال لها عليه السلام لا إنما ذلك عرق وليست بالحيضة فاذا اقبلت الحيضة فدعي الصلاة وإذا ادبرت
فاغسلى عنك الدم وصلى وفى بعض روايات هذا الحديث وتوضئى لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخارى ولا
مسلم وخرجها أبوداود وصححها قوم من أهل الحديث والحديث الثاني حديث عائشة عن ام حبيبة بنت جحش امرأة
عبدالرحمان ابن عوف انها استحاضت فامرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث
هكذا اسنده اسحاق عن الزهرى وأما سائر أصحاب الزهرى فانما رووا عنه انها استحيضت فسألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال لها انما هو عرق وليست بالحيضة وأمرها ان تغتسل وتصلى فكانت تغتسل لكل صلاة على
ان ذلك هو الذى فهمت منه لان ذلك منقول من لفظه عليه السلام ومن هذا الطريق خرجه البخارى وأما الثالث
فحديث اسماء ابنة عميس أنها قالت يارسول الله ان فاطمة ابنة ابي حبيش استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لتغتسل للظهر والعصر غسلا واحداً وللمغرب والعشاء غسلا واحداً وتغتسل للفجر وتتوضأ فى ما بين ذلك خرجه أبو
داود وصححه أبو محمد بن حزم وأما الرابع فحديث حمنة ابنة جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها
بين ان تصلى الصلوات بطهر واحد عندما ترى أنه قد انقطع دم الحيض وبين أن تغتسل في اليوم والليلة ثلاث مرات
على حديث أسماء بنت عميس الا ان هنالك ظاهره على الوجوب وهنا على التخيير فلما اختلفت ظواهر هذه الاحاديث
ذهب الفقهاء فى تاويل هذه الاحاديث أربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء
والفرق بين الجمع والبناء ان الباني ليس يرى ان هنالك تعارضاً فيجمع بين الحديثين واما الجامع فهو يرى ان هنالك
تعارضاً فى الظاهر فتامل هذا فانه فرق بين أما من ذهب مذهب الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان
الاتفاق على صحته عمل على ظاهره أعنى من انه لم يامرها صلى الله عليه وسلم بغسل لكل صلاة ولا ان تجمع بين الصلوات
بغسل واحد ولا بشئ من تلك المذاهب وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن
صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو الامر بالوضوء لكل صلاة اوجب ذلك عليها ومن لم يصح عنده لم يوجب

ذلك

ذلك عليها وأما من ذهب مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث ام حبيبة الذى من رواية ابن اسحاق تعارض اصلا وان الذى فى حديث ام حبيبة من ذلك زيادة على ما في حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض يمنع الصلاة ام لا فاخبرها عليه السلام انها ليست بحيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه لوجوب الطهر اصلا لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفى حديث ام حبيبة أمرها بشئ واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن للجمهور ان يقولوا ان تاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلو كان واجباً عليها الطهر لكل صلاة لاخبرها بذلك ويبعد أن يدعي مدع انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض واما تركه عليه السلام اعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فتضمن فى قوله انها ليست بالحيضة لانه كان معلوما من سنته عليه السلام ان انقطاع الحيض يوجب الغسل فاذا انما لم يخبرها بذلك لانها كانت عالمة به وليس الامر كذلك فى وجوب الطهر لكل صلاة الا ان يدعى مدع ان هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وتبثت بعد فيتطرق إلى ذلك المسئلة المشهورة هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى في بعض طرق حديث فاطمة أمره عليه السلام لها بالغسل فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء وأما من ذهب مذهب النسخ فقال ان حديث اسماء بنت عميس ناسخ لحديث ام حبيبة واستدل على ذلك بما روى عن عائشة ان سهلة ابنة سهيل استحيضت وأن رسول الله صلي الله عليه وسلم كان يامرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهدها ذلك أمرها أن تجمع بين الظهر والعصر في غسل واحد والمغرب والعشاء فى غسل واحد وتغتسل للصبح وأما الذين ذهبوا مذهب الجمع فقالوا ان حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التى تعرف أيام الحيض من ايام الاستحاضة وحديث ام حبيبة محمول على التي لا تعرف ذلك فامرت بالطهر فى كل وقت احتياطاً للصلاة وذلك ان هذه إذا قامت إلى الصلاة يحتمل ان تكون طهرت فيجب عليها ان تغتسل لكل صلاة وأما حديث اسماء ابنة عميس فمحمول على التى لا يتميز لها أيام الحيض من ايام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها في أوقات فهذه اذا انقطع عنها الدم وجب عليها أن تغتسل وتصلي بذلك الغسل صلاتين وهنا قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديثي ام حبيبة واسماء واحتجوا لذلك بحديث حمنة بنت جحش وفيه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء منهم من قال ان المخيرة هى التى لا تعرف ايام حيضتها ومنهم من قال بل هى المستحاضة على الاطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا هو قول خامس فى المسئلة الا ان الذى فى حديث حمنة ابنة جحش انما هو التخيير بين أن تصلى الصلاة كلها بطهر واحد وبين ان تتطهر في اليوم والليلة ثلاث مرات وأما من ذهب إلى أن الواجب ان تتطهر فى كل يوم مرة واحدة فلعله انما أوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست أعلم في ذلك أثراً

المسئلة الخامسة

اختلف العلماء فى جواز وطئ المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال قوم يجوز وطئها وهو الذى عليه فقهاء الامصار وهو مروي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز وطئها وهو مروى عن عائشة وبه قال النخعى والحكم وقال قوم لا يأتيها زوجها إلا أن يطول ذلك بها وبهذا القول قال أحمد بن حنبل * وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هى رخصة لمكان تاكيد وجوب الصلاة ام انما ابيح لها الصلاة لان حكمها حكم الطاهر فمن رآ ان ذلك رخصة لم يجز لزوجها ان يطأها ومن رآ ان ذلك لان حكمها حكم الطاهر اباح لها ذلك وهي بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفريق بين الطول والاطول فاستحسان

كتاب التيمم

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب. الباب الاول في معرفة الطهارة التى هذه الطهارة بدل منها. الثانى فى معرفة من تجوز له هذه الطهارة الثالث فى معرفة

شروط جواز هذه الطهارة. الرابع فى صفة هذه الطهارة. الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة. السادس فى نواقض هذه الطهارة السابع فى الاشياء التى هذه الطهارة شرط فى صحتها أو فى استباحتها

﴿الباب الاول﴾

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى واختلفوا في الكبرى فروى عن عمر وابن مسعود انهما كانا لا يريانها بدلا من الكبرى وكان على وغيره من الصحابة يرون ان التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قال عامة الفقهاء* والسبب فى اختلافهم الاحتمال الوارد فى آية التيمم وانه لم تصح عندهم الاثار الواردة بالتيمم للجنب اما الاحتمال الوارد فى الآية فلان قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا يحتمل أن يعود الضمير الذى فيه على المحدث حدثا اصغر فقط ويحتمل ان يعود عليهما معاً لكن من كانت الملامسة عنده فى الآية الجماع فالاظهر انه عائد عليهما معاً ومن كانت الملامسة عنده هى اللمس باليد أعنى في قوله تعالى أو لامستم النساء فالاظهر انه انما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا اصغر فقط اذ كانت الضمائر انما يحمل أبداً عودها على اقرب مذكور الا ان يقدر فى الآية تقديماً وتاخيراً حتى يكون تقديرها هكذا يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة أو جاء احد منكم من الغائط أو لامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلي المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم إلى الكعبين وإن كنتم جنباً فاطهروا وإن كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ومثل هذا ليس ينبغى ان يصار اليه إلا بدليل فان التقديم والتاخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز وقد يظن ان فى الآية شيئاً يقتضى تقديماً وتاخيراً وهو ان حملها على ترتيبها يوجب ان المرض والسفر حدث لكن هذا لا يحتاج اليه اذا قدرت أو هاهنا بمعنى الواو وذلك موجود فى كلام العرب في مثل قول الشاعر (وكان سيان الا يسرحوا نعما* أو يسرحوه بها واغبرت السوح) فانه انما يقال سيان زيد وعمرو وهذا هو آخر الاسباب التى أوجبت الخلاف في هذه المسئلة واما ارتيابهم فى الاثار التى وردت فى هذا المعنى فبين ما خرجه البخارى ومسلم ان رجلا أتى عمر رضى الله عنه فقال اجنبت فلم اجد الماء فقال لا تصل فقال عمار اما تذكر يا امير المومنين اذ انا وأنت فى سرية فاجنبنا فلم نجد الماء فاما أنت فلم تصل واما انا فتمعكت فى التراب فصليت فقال النبى صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك ان تضرب بيدك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله يا عمار فقال ان شئت لم احدث به وفى بعض الروايات أنه قال له عمر نوليك ما توليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالساً مع عبد الله بن مسعود وأبي موسى فقال أبو موسى يا ابا عبد الرحمان أرأيت لو أن رجلا اجنب فلم يجد الماء شهراً كيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لابى موسى لا يتيمم وان لم يجد الماء شهراً فقال أبو موسى فكيف بهذه الآية في سورة المائدة فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فقال عبد الله لو رخص لهم فى هذه الاية لاوشك اذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد فقال أبو موسى لعبد الله ألم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور رأوا ان ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران ابن الحصين خرجهما البخارى وان نسيان عمر ليس مؤثراً فى وجوب العمل بحديث عمار وايضاً فانهم استدلوا لجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه السلام جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً واما حديث عمران ابن الحصين فهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال يا فلان اما يكفيك ان تصلى مع القوم فقال يا رسول الله اصابتنى جنابة ولا ماء فقال عليه السلام عليك بالصعيد فانه يكفيك ولموضع هذا الاحتمال اختلفوا هل لمن ليس عنده ماء ان يطأ اهله ام لا يطؤها أعنى من يجوز للجنب التيمم

﴿البـــــاب الثاني﴾

واما من تجوز له هذه الطهارة فاجمع العلماء انها تجوز لاثنين للمريض وللمسافر اذا عدما الماء واختلفوا فى أربع في المريض يجد الماء ويخاف من استعماله

فى و

وفى الحاضر يعدم الماء وفى الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول اليه خوف وفى الذى يخاف من استعماله من شدة البرد فاما المريض الذى يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور بجوز التيمم له وكذلك الصحيح الذى يخاف الهلاك أو المرض الشديد من برد الماء وكذلك الذى يخاف من الخروج الى الماء الا أن معظمهم أوجب عليه الاعادة إذا وجد الماء وقال عطاء لايتيمم المريض ولا غير المريض إذا وجد الماء وأما الحاضر الصحيح الذى يعدم الماء فذهب مالك والشافعى إلى جواز التيمم له وقال أبو حنيفة لايجوز التيمم للحاضر الصحيح وان عدم الماء *وسبب اختلافهم في هذه المسائل الاربع التى هى قواعد هذا الباب امافي المريض الذى يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل فى الاية محذوف مقدر في قوله تعالى وإن كنتم مرضى أو على سفر فمن رأى أن فى الآية حذفا وان تقدير الكلام وإن كنتم مرضى لاتقدرون على استعمال الماء وان الضمير فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء انما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمريض الذي يخاف من استعمال الماء ومن رأى أن الضمير فى لم تجدوا ماء يعود على المريض والمسافر معا وأنه ليس في الآية حذف لم يجز للمريض اذا وجد الماء التيمم * وأما سبب اختلافهم في الحاضر الذى يعدم الماء فاحتمال الضمير الذى في قوله تعالى فلم تجدوا ماء أن يعود على اصناف المحدثين أعنى الحاضرين والمسافرين أو على المسافرين فقط فمن رآه عائداً على جميع اصناف المحدثين اجاز التيمم للحاضرين ومن رآه عائداً على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذى عدم الماء *وأماسبب اختلافهم فى الخائف من الخروج الى الماء فاختلافهم فى قياسه على من عدم الماء وكذلك اختلافهم في الصحيح يخاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم فى قياسه على المريض الذى يخاف من استعمال الماء وقد رجح مذهبهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر فى المجروح الذي اغتسل فمات فاجاز عليه السلام المسح له وقال قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضاً قياس الصحيح الذى يخاف من برد الماء على المريض بما روى أيضاً فى ذلك عن عمرو بن العاص انه أجنب فى ليلة باردة فتيمم وتلى قول الله تعالى ولاتقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما فذكر ذلك للنبي عليه السلام فلم يعنف

﴿الباب الثالث﴾ وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق به ثلاثة مسائل قواعد أحدها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا والثانية هل الطلب شرط فى جواز التيمم عند عدم الماء أم لا والثالثة هل دخول الوقت شرط فى جواز التيمم أم لا ﴿أما المسئلة الاولى﴾ والجمهور على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذ زفر فقال ان النية ليست بشرط فيها وأنها لا تحتاج الي نية وقد روى ذلك أيضاً عن الاوزاعي والحسن بن حي وهو ضعيف ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فان مالكا رضى الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعى ولم يشترطه أبو حنيفة *وسبب اختلافهم في هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمي غير واجد للماء الا اذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق في هذا أن يعتقد ان المتيقن لعدم الماء اما بطلب متقدم واما بغير ذلك هو عادم للماء واما الظان فليس بعادم للماء ولذلك يضعف القول بتكرر الطلب الذى فى المذهب فى المكان او احد بعينه ويقوى اشتراطه ابتدأ اذا لم يكن هنالك علم قطعى بعدم الماء

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب الشافعى ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك *وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم انه الوضوء يقتضى الايجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى

الصلاة الآية فاوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم فى هذا حكم الصلاة أعنى أنه كما ان الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الاأن الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقي التيمم على أصله أم ليس يقتضى هذا ظاهر مفهوم الآية وان تقدير قوله تعالى ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة أى اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضاً فانه لولم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك الاايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لانه لا يجزى ان وقع قبل الوقت الاان يقاسا على الصلاة فلذلك الاولى ان يقال فى هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء اشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعني من يشترط فى صحته دخول الوقت ويجعله من العبادة الموقتة فان التوقيت في العبادة لا يكون الا بدليل سمعى وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة موقتة لكن من باب انه ليس ينطلق اسم الغير واجداً للماء الا عند دخول وقت الصلاة لانه مالم يدخل وقتها امكن ان يطرأ هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل فى أول الوقت أوفى وسطه أوفى آخره لكن ههنا مواضع تعلم قطعاً ان الانسان ليس بطارى على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطاري عليه وايضاً فان قدرنا طرو الماء فليس يجب عليه الانقض التيمم فقط لا منع صحته وتقدير الطرو هو ممكن فى الوقت وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه فى الوقت اعني انه قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم وبعد دخول الوقت لايمنعه وهذا كله لاينبغي ان يصار اليه الا بدليل سمعى ويلزم على هذا الا يجوز التيمم الافي آخر الوقت فتأمله

﴿ البــاب الرابع ﴾ واما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هى قواعد هذا الباب

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف الفقهاء فى حد الايدي التى امر الله بمسحها فى التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه على اربعة اقوال القول الاول ان الحد الواجب في ذلك هو الحد الواجب بعينه فى الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء الامصار والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال اهل الظاهر واهل الحديث والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروى عن مالك والقول الرابع ان الفرض الى المناكب وهو شاذ روى عن الزهرى ومحمد بن مسلمة * والسبب في اختلافهم اشتراك اسم اليد فى لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو اظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد * والسبب الثانى اختلاف الآثار فى ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة انما يكفيك ان تضرب بيديك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك وورد فى بعض طرقه انه قال له عليه السلام وان تمسح بيديك الى المرفقين وروى ايضاً عن ابن عمر ان النبى عليه السلام قال التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وروي ايضاً من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها اعنى من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذى هو فيه اظهر الى الكف والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في احدهما اظهر منه فى الثانى فقد اخطأ فان اليد وان كانت اسماً مشتركا فهى فى الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذى وضع من اول امره مشتركا وفى هذا قال الفقهاء انه لا يصح الاستدلال به ولذلك مايقول ان الصواب هو ان يعتقد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لايخلوا ان يكون فى الكف

اظهر منه فى سائر الاجزاء ويكون دلالته على سائر اجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان اظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الاخذ بالظاهر وان لم يكن اظهر فيجب المصير الى الاخذ بالأثر الثابت فاما ان يغلب القياس هاهنا على الأثر فلا معنى له ولا ان ترجح به ايضاً احاديث لم تثبت بعد فالقول فى هذه المسئلة مبين من الكتاب والسنة فتأمله واما من ذهب الى الاباط فانما ذهب الى ذلك لانه قد روى في بعض طرق حديث عمار انه قال تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وايدينا الي المناكب ومن ذهب الى ان يحمل تلك الاحاديث علي الندب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع اولى من الترجيح عند اهل الكلام الفقهى الا ان هذا انما ينبغي ان يصار اليه ان صحت تلك الاحاديث

﴿المسئلة الثانية﴾

اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد للتيمم فمنهم من قال واحدة ومنهم من قال اثنتين والذين قالوا اثنتين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور وإذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم أعنى مالكا والشافعى وأبا حنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما أعنى لليد ضربتان وللوجه ضربتان *والسبب فى اختلافهم ان الآية مجملة فى ذلك والاحاديث متعارضة وقياس التيمم على الوضوء فى جميع أحواله غير متفق عليه والذى فى حديث عمار الثابت من ذلك انما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معاً لكن هاهنا احاديث فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الاحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء

﴿المسئلة الثالثة﴾

اختلف الشافعى مع مالك وأبي حنيفة وغيرهم في وجوب توصيل التراب إلي اعضاء التيمم فلم ير ذلك أبو حنيفة واجبا ولا مالك ورأى ذلك الشافعى واجباً *وسبب اختلافهم الاشتراك الذى في حرف من فى قوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه وذلك ان منه قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز الجنس فمن ذهب الى انها هاهنا للتبعيض أوجب نقل التراب إلى أعضاء التيمم ومن رأى انها لتمييز الجنس قال ليس النقل واجباً والشافعي إنما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لان فيه ثم ينفخ فيها ويتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحائط وينبغي ان تعلم ان الاختلاف فى وجوب الترتيب فى التيمم ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم فى ذلك فى الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هي أسبابه هنا فلا معنى لاعادته

﴿البـــاب الخامس﴾

فيما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك انهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب واختلفوا في جواز فعلها بما عدى التراب من اجزاء الارض المتولد عنها كالحجارة فذهب الشافعي الى أنه لا يجوز التيمم الا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه الى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الارض من اجزائها في المشهور عنه الحصبا والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد من الارض من الحجارة مثل النورة والزرنيخ والجص والطين والرخام ومنهم من شرط ان يكون التراب على وجه الارض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغبار الثوب واللبد *والسبب فى اختلافهم شيئان أحدهما اشتراك اسم الصعيد فى لسان العرب فانه مرة يطلقه على التراب الخالص ومرة يطلقه على جميع اجزاء الارض الظاهرة حتى ان مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعني الصعيد ان يجيزوا فى احدى الروايات عنهم التيمم على الحشيش وعلى الثلج قالوا لانه قد سمي صعيداً فى أصل التسمية أعنى من جهة صعوده على الارض وهذا ضعيف والسبب الثانى ان اطلاق اسم الارض فى جواز التيمم بها في بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها بالتراب فى بعضها وهو قوله عليه السلام جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً فان فى بعض رواياته جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً وفى بعضها

جعلت لى الارض مسجداً وجعلت لى تربها طهوراً وقد اختلف أهل الكلام الفقهي هل يقضى بالمطلق على المقيد أو بالمقيد على المطلق والمشهور عندهم أن يقضى بالمقيد على المطلق وفيه نظر ومذهب أبى محمد بن حزم ان يقضي بالمطلق على المقيد لان المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيمم الا بالتراب ومن قضى بالمطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجه الارض من اجزائها اجاز التيمم بالرمل والحصى واما اجازة التيمم بما يتولد منها فضعيف اذ كان لا يتناوله اسم الصعيد فان اعم دلالة اسم الصعيد ان يدل على مايدل عليه الارض لاان يدل على الزرنيخ والنورة ولا على الثلج والحشيش والله الموفق للصواب والاشتراك الذى فى اسم الطيب أيضاً من احد دواعى الخلاف

﴿ الباب السادس ﴾

واما نواقض هذه الطهارة فانهم اتفقوا على انه ينقضها ماينقض الاصل الذى هو الوضوء أو الطهر واختلفوا من ذلك في مسئلتين احداها هل ينقضها ارادة صلاة اخرى مفروضة غير المفروضة التى يتيمم لها والمسئلة الثانية هل ينقضها وجود الماء أم لا

﴿ اما المسئلة الاولى ﴾ فذهب مالك فيها الي ان ارادة الصلاة الثانية تنقض طهارة الاولى ومذهب غيره خلاف ذلك وأصل هذا الخلاف يدور على شيئان أحدهما هل فى قوله تعالي يأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة محذوف مقدر أعنى اذا قمتم من النوم أو قمتم محدثين أم ليس هنالك محذوف أصلا فمن رأى ان لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب الوضوء أو التيمم عند القيام لكل صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقي التيمم على اصله لكن لا ينبغى ان يحتج بهذا لمالك فان مالكا يرى ان فى الآية محذوفا على ما رواه عن زيد بن اسلم في موطاه * وأما السبب الثانى فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو الذم لاصول مالك أعنى ان يحتج له بهذا وقد تقدم القول فى هذه المسئلة ومن لم يتكرر عنده الطلب وقدر في الآية محذوفا لم ير ارادة الصلاة ممابنقض التيمم

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الجمهور ذهبوا الى ان وجود الماء ينقضها وذهب قوم الى ان الناقض لها هو الحدث وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التى كانت بالتراب او يرفع ابتداء الطهارة به فمن رآ انه انما يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضه الا الحدث ومن رآ انه يرفع استصحاب الطهارة قال انه ينقضها فان حد الناقض هو الرافع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه السلام جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً مالم يجد الماء والحديث محتمل فانه يمكن ان يقال ان قوله عليه السلام مالم يجد الماء يمكن ان يفهم منه فاذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت ويمكن ان يفهم منه فاذا وجد الماء لم تصح ابتدأ هذه الطهارة والاقوى فى عضد الجمهور هو حديث ابى سعيد الخدرى وفيه انه عليه السلام قال فاذا وجدت الماء فامسه جلدك فان الامر محمول عند جمهور المتكلمين على الفور وان كان ايضاً قد يتطرق اليه الاحتمال المتقدم. فتأمل هذا. وقد حمل الشافعي تسليمه ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة ان قال ان التيمم ليس رافعاً للحدث أى ليس مفيداً للمتيمم الطهارة الرافعة للحدث وانما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له فان الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من اصحاب مالك هذا المذهب فقالوا ان التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه الا الحدث والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء في حقها هو حدث خاص بها على القول بان الماء ينقضها. واتفق القائلون بان وجود الماء ينقضها على انه ينقضها قبل الشروع فى الصلاة وبعد الصلاة. واختلفوا هل ينقضها طروه فى الصلاة فذهب مالك والشافعي وداود الى انه لا ينقض الطهارة في الصلاة وذهب ابو حنيفة واحمد وغيرهما الى انه ينقض الطهارة في الصلاة

وهم

وهم احفظ للاصل لانه امر غير مناسب للشرع ان يوجد شئ واحد لاينقض الطهارة فى الصلاة ولاينقضها فى غير الصلاة وبمثل هذا شنعوا مذهب ابى حنيفة فيما يراه من أن الضحك فى الصلاة ينقض الوضوء مع انه مستند فى ذلك الى الاثر فتأمل هذه المسئلة فانها بينة ولاحجة فى الظواهر التى يرام الاحتجاج لهذا المذهب من قوله تعالى ولاتبطلوا اعمالكم فان هذا لم تبطل الصلاة بارادته وانما ابطلها طرو الماء كما لو احدث

الباب السابع

واتفق الجمهور على أن الافعال التى هى الطهارة شرط فى صحتها هى الافعال التى الوضوء شرط فى صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك. واختلفوا هل يستباح بها اكثر من صلاة واحدة فقط فمشهور مذهب مالك انه لايستباح بها صلاتان مفروضتان ابداً. واختلف قوله فى الصلاتين المقضيتين والمشهور عنه انه اذا كانت احدى الصلاتين فرضاً والاخرى نفلا انه ان قدم الفرض جمع بينهما وان قدم النفل لم يجمع بينهما وذهب ابو حنيفة الى انه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد واصل هذا الخلاف هل هو التيمم يجب لكل صلاة ام لا اما من قبل ظاهر الآية كما تقدم واما من وجوب تكرر الطلب واما من كليهما

كتاب الطهارة من النجس

والقول المحيط باصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر فى ستة ابواب. الباب الاول فى معرفة حكم هذه الطهارة أعنى فى الوجوب او فى الندب اما مطلقاً واما من جهة انها مشترطة فى الصلاة. الباب الثانى فى معرفة انواع النجاسات. الباب الثالث فى معرفة المحال التى يجب ازالتها عنها. الباب الرابع فى معرفة الشئ الذى به تزال. الباب الخامس فى صفة ازالتها فى محل محل. الباب السادس فى آداب الاحداث

الباب الاول

والاصل فى هذا الباب اما من الكتاب فقوله تعالى وثيابك فطهر واما من السنة فآثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه السلام من توضأ فليستنثر ومن استجمر فليوتر ومنها امره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب وامره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابى وقوله عليه السلام فى صاحبى القبر انهما ليعذبان ومايعذبان فى كبير اما احدهما فكان لايستتر من البول واتفق العلماء لمكان هذه المسموعات على ان ازالة النجاسة مامور بها فى الشرع. واختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب المذكور وهو الذى يعبر عنه بالسنة فقال قوم ان ازالة النجاسات واجبة وبه قال ابو حنيفة والشافعى وقال قوم ازالتها سنة مؤكدة وليست بفرض وقال قوم هى فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين القولين عن مالك واصحابه *وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة راجع الى ثلاثة اشياء أحدها اختلافهم فى قوله تبارك وتعالى وثيابك فطهر هل ذلك محمول على الحقيقة او محمول على المجاز. والسبب الثانى تعارض ظواهر الاثر فى وجوب ذلك. والسبب الثالث اختلافهم فى الامر والنهى الوارد لعلة معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الامر او النهى قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب والنهى من الحظر الى الكراهة ام ليست قرينة وانه لافرق فى ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار الى الفرق فى ذلك لان الاحكام المعقولة المعانى فى الشرع اكثرها هى من باب محاسن الاخلاق او من باب المصالح وهذه فى الاكثر هى مندوب اليها فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم ير فيها حجة. وأما الآثار المتعارضة فى ذلك فمنها حديث صاحبى القبر المشهور وقوله فيها صلى الله عليه وسلم انهما ليعذبان ومايعذبان فى كبير اما احدهما فكان لايستتر من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضى الوجوب لان العذاب لايتعلق الا بالواجب وأما المعارض فى ذلك فما ثبت عنه عليه السلام من انه رمى عليه وهو فى الصلاة سلا

جزور بالدم والفرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا انه لوكانت ازالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ومنها ماروى أن النبي عليه السلام كان فى صلاة من الصلوات يصلى في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه نعالهم فانكر ذلك عليهم عليه السلام وقال انما خلعتها لان جبريل اخبرني ان فيها قذراً فظاهر هذا انه لوكانت واجبة لما بني على مامضى من الصلاة فمن ذهب فى هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال اما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب اوبالندب ان رجح ظاهر حديثى الندب أعنى الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتها من باب الندب المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع فمنهم من قال هي فرض مع الذكر والقدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هى فرض مطلقاً وليست من شرط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسئلة وهو ضعيف لان النجاسة انما تزال فى الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولة أعنى انه جعل الغير معقولة أكد فى باب الوجوب فرق بين الامر الوارد فى الطهارة من الحدث وبين الامر الوارد بالطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاتهم فى النعال مع انها لاتنفك من يواطا بها النجاسات غالباً وما اجمعوا عليه من العفو عن اليسير فى بعض النجاسات

﴿الباب الثانى﴾

وأما انواع النجاسات فان العلماء اتفقوا من اعيانها على اربعة ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى وعلى لحم الخنزير باى سبب اتفق ان يذهب حياته وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى انفصل من الحى اوالميت اذا كان مسفوحا أعنى كثيراً وعلى بول ابن آدم ورجيعه وأكثرهم على نجاسة الخمر وفى ذلك خلاف عن بعض المحدثين واختلفوا فى غير ذلك والقواعد من ذلك سبع مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾

اختلفوا فى ميتة الحيوان الذى لادم له وفى ميتة الحيوان البحرى فذهب قوم الى ان ميتة مالادم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك واصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم التي لادم لها فى النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعي الاما وقع الاتفاق على انه ليس بميتة مثل دود الخل ومايتولد في المطعومات وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة مالادم له وهو مذهب ابي حنيفة*وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وذلك انهم فيما احسب اتفقوا انه من باب العام اريد به الخاص .واختلفوا أى خاص اريد به فمنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر ومالادم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة مالادم له فقط*وسبب اختلافهم في هذه المستثنات هو سبب اختلافهم فى الدليل المخصوص اما من استثنى من ذلك مالادم له فحجته مفهوم الأثر الثابت عنه عليه السلام من امره بمقل الذباب اذا وقع فى الطعام قالوا فهذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الاانه غير ذى دم وأما الشافعى فعنده ان هذا خاص بالذباب لقوله عليه السلام فان في احدى جناحيه داء وفي الاخري دواء ووهن الشافعي هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من انواع المحرمات احدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الاكل باتفاق والدم لاتعمل فيه التذكية فحكمهما يفترقان فكيف يجوز ان يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قوى كما ترى فانه لوكان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كان يرتفع الحرمية عن الحيوان بالذكاة ولبقا حرمية الدم الذى لم ينفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذي يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سبباً ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب

وجب

وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد ان الاسكار هو سبب التحريم وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الأثر الثابت في ذلك من حديث جابر وفيه انهم اكلوا من الحوت الذى رماه البحر اياما وتزودوا منه وانهم اخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسؤالهم هل بقى منه شئ وهو دليل على انه لم يجوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم. واحتجوا ايضاً بقوله عليه السلام هو الطهور ماؤه الحل ميتته وأما ابو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الأثر اما لان الآية مقطوع بها والأثر مظنون واما لانه رآ ان ذلك رخصة لهم أعنى حديث جابر اولانه احتمل عنده ان يكون الحوت مات بسبب وهو رمى البحر به الى الساحل لان الميتة هو ما مات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولاختلافهم فى هذا ايضاً سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير فى قوله تعالى وطعامه متاعا لكم وللسيارة أعنى ان يعود على البحر اوعلى الصيد نفسه فمن اعاده على البحر قال طعامه هو الطافى ومن اعاده على الصيد قال هو الذى احل فقط من صيد البحر مع أن الكوفيين ايضاً تمسكوا في ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف

﴿المسئلة الثانية﴾ وكما اختلفوا فى انواع الميتات كذلك اختلفوا في اجزاء ما اتفقوا عليه انه ميته وذلك انهم اتفقوا على ان اللحم من اجزاء الميتة ميتة. واختلفوا فى العظام والشعر فذهب الشافعى الى أن العظم والشعر ميتة وذهب ابو حنيفة الي انهما ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة *وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من افعال الاعضاء فمن رآ ان النمو والتغذى هو من افعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النمو والتغذى فهى ميتة ومن رآ انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال إن الشعر والعظام ليست بميتة لانها لا حس لها ومن فرق بينهما اوجب للعظام الحس ولم يوجب للشعر وفي حس العظام اختلال والامر فيه مختلف بين الاطباء ومما يدل على أن التغذي والنمو ليست هى الحياة التى يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على أن ما قطع من البهيمة وهى حية انه ميتة لورود ذلك فى الحديث وهو قوله عليه السلام ماقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة واتفقوا على أن الشعر اذا قطع من الحى أنه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذى والنمو لقيل فى النبات المقلوع انه ميتة وذلك أن النبات فيه التغذى والنمو وللشافعى ان يقول إن التغذى الذى ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى الموجود في الحساس

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى أن الانتفاع بجلودها مطلقاً دبغت اولم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو الا ينتفع بها اصلا وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين ان تدبغ وان لا تدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي وابى حنيفة وعن مالك في ذلك روايتان إحداهما مثل قول الشافعي والثانية أن الدباغ لا يطهره ولكنه يستعمل فى اليابسات والذين ذهبوا الى أن الدباغ مطهر اتفقوا على انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعنى المباح الاكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعى الى انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وانه بدل منها في افادة الطهارة وذهب ابو حنيفة الى تاثير الدباغ فى جميع ميتات الحيوان ما عدى الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير *وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى حديث ميمونة اباحة الانتفاع بها مطلقاً وذلك ان فيه انه مر بميتة فقال عليه السلام هلا انتفعتم بجلدها وفي حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقاً وذلك ان فيه أن رسول الله صلي الله عليه وسلم كتب الا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفى بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت فى هذا الباب هو حديث

ابن عباس أنه عليه السلام قال اذا دبغ الاهاب فقد طهر فلما كان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تاويلها فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس أعنى انهم فرقوا في الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فاخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا انه يتضمن زيادة على ما فى حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة أعنى كل طاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى أعنى أن كل ماينتفع به هو طاهر

﴿المسئلة الرابعة﴾ اتفق العلماء على أن دم الحيوان البرى نجس واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من دم الحيوان غير البحرى فقال قوم دم السمك طاهر وهو احد قولى مالك ومذهب الشافعى وقال قوم هو نجس على اصل الدماء وهو قول مالك فى المدونة وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور*والسبب فى اختلافهم فى دم السمك هو اختلافهم فى ميتته فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن اخرج ميتته اخرج دمه قياساً على الميتة وفي ذلك اثر ضعيف وهو قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال. وأما اختلافهم فى كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم في القضاء بالمقيد على المطلق اوبالمطلق على المقيد وذلك انه ورد تحريم الدم مطلقاً في قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وورد مقيداً في قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الى محرماً الى قوله اودماً مسفوحا اولحم خنزير فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لان فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وايد هذا بان كل ماهو نجس لعينه فلا يتبعض

﴿المسئلة الخامسة﴾ اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الابول الصبى الرضيع. واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعى وابو حنيفة الى انها كلها نجسة وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعنى فضلتى سائر الحيوان البول والرجيع وقال قوم ابوالها وارواثها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فابوالها نجسة محرمة وما كان منها لحومها ماكولة فابوالها وارواثها طاهرة ماعدى التى تاكل النجاسة وما كان منها مكروها فابوالها وارواثها مكروهة وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك في الاسئار*وسبب اختلافهم شيئان. احدهما اختلافهم في مفهوم الاباحة الواردة للصلاة فى مرابض الغنم واباحته عليه السلام للعرنيين شرب ابوال الابل والبانها وفى مفهوم النهى عن الصلاة في اعطان الابل. والسبب الثاني اختلافهم في قياس سائر الحيوان فى ذلك على الانسان فمن قاس سائر الحيوان على الانسان ورآ انه من باب قياس الاولى والاحري ولم يفهم من اباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة ارواثها وابوالها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهي عن الصلاة في اعطان الابل النجاسة وجعل اباحته للعرنيين البان الابل وابوالها لمكان المداواة على اصله فى اجازة ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة الصلاة في مرابض الغنم طهارة ارواثها وابوالها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهى عن الصلاة فى اعطان الابل عبادة اولمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الانعام ان فضلتى الانسان مستقذرة بالطبع وفضلتى بهيمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم ومن قاس على بهيمة الانعام غيرها جعل الفضلات كلها ماعدى فضلتى الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ولولا انه لايجوز احداث قول لم يتقدم اليه احد فى المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقيل انما ينتن منها ويستقذر بخلاف مالاينتن ولا يستقذر وبخاصة

ما

ماكان منها رائحته حسنة لاتفاقهم على اباحة العنبر وهو عند اكثر الناس فضلة من فضلات حيوان فى البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذى يوجد المسك فيه فيما يذكر ﴿المسئلة السادسة﴾

اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة اقوال فقوم رأوا قليلها وكثيرها سواء وممن قال بهذا القول الشافعي وقوم رأوا أن قليل النجاسات معفو عنه وحدوه بقدر الدرهم البغلى وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت به الصلاة وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء الا الدم على ما تقدم وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض روايتان والاشهر مساواته لسائر الدماء *وسبب اختلافهم اختلافهم فى قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك باقية فمن اجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوه بالدرهم قياساً على قدر المخرج ومن رآ ان تلك رخصة والرخص لايقاس عليها منع ذلك وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتحصيل مذهب ابي حنيفة ان النجاسات عنده تنقسم الى مغلظة ومخففة وان المغلظة هى التي يعفى منها عن قدر الدرهم والمخففة هى التى يعفى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم هي مثل ارواث الدواب وما لاينفك منه الطرق غالباً وتقسيمهم اياها الى مغلظة ومخففة حسن جداً ﴿المسئلة السابعة﴾ اختلفوا فى المنى هل هو نجس ام لا فذهبت طائفة منهم مالك وأبو حنيفة الى انه نجس وذهبت طائفة الى انه طاهر وبهذا قال الشافعي واحمد وداود*وسبب اختلافهم فيه شيئان .احدهما اضطراب الرواية فى حديث عائشة وذلك فى ان فى بعضها كنت اغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المنى فيخرج للصلاة وأن فيه لبقع الماء وفى بعضها كنت افركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى بعضها فيصلي فيه خرّج هذه الزيادة مسلم والسبب الثاني تردد المنى بين ان يشبه بالاحداث الخارجة من البدن وبين ان يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الاحاديث كلها بان حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرك على الطهارة على اصله فى أن الفرك لايطهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لم يره نجساً ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة وكان بالاحداث عنده اشبه منه بما ليس بحدث قال انه نجس وكذلك ايضاً من اعتقد أن النجاسة تزول بالفرك قال الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب ابي حنيفة وعلى هذا فلاحجة لاولئك فى قولها فيصلي فيه بل فيه حجة لابى حنيفة فى أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية ﴿الباب الثالث﴾ وأما المحال التى تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف في ذلك .احدها الابدان ثم الثياب ثم المساجد ومواضع الصلاة وانما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لانها منطوق بها فى الكتاب والسنة .أما الثياب ففى قوله تعالى وثيابك فطهر على مذهب من حملها على الحقيقة وفي الثابت من امره عليه السلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبى الذى بال عليه وأما المساجد فلامره عليه السلام بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابي الذي بال فى المسجد وكذلك ثبت عنه عليه السلام انه امر بغسل المذى من البدن وغسل النجاسات من المخرجين واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذي ام لا لقوله عليه السلام في حديث على المشهور وقد سئل عن المذى فقال يغسل ذكره ويتوضأ*وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الاخذ بأوائل الاسماء او باواخرها فمن رآ انه بأواخرها أعني باكثر ماينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر كله ومن رآ الاخذ باقل ماينطلق عليه قال انما يغسل موضع الاذى فقط وقياساً على البول والمذى

الباب الرابع وأما الشيء الذي به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا ايضاً على أن الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التي تزيلها فذهب قوم الى ان ما كان طاهراً يزيل عين النجاسة مائعاً كان او جامداً في أي موضع كانت وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء الا في الاستجمار فقط المتفق عليه وبه قال مالك والشافعي واختلفوا ايضاً في ازالتها في الاستجمار بالعظم والروث فمنع ذلك قوم واجازوه بغير ذلك مما ينقي واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم ذو حرمة كالخبز وقيل ما في استعماله سرف كالذهب والياقوت وقوم قصروا الانقاء على الاحجار فقط وهو مذهب اهل الظاهر وقوم اجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وان كان مكروهاً عندهم وشذ الطبري فاجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس *وسبب اختلافهم في ازالة النجاسة بما عدى الماء فيما عدى المخرجين هو هل المقصود بازالة النجاسة بالماء هو اتلاف عينها فقط فتسوى في ذلك مع الماء كل ما يتلف عينها أم للماء في ذلك مزيد خصوص ليس لغير الماء فمن لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال بازالتها بسائر المائعات والجامدات الطاهرة وأيد هذا المفهوم بالاتفاق على ازالتها من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث ام سلمة انها قالت اني امرأة اطيل ذيلي وامشي في المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم يطهره ما بعده وكذلك بالاثار التي خرج ابو داود في هذا مثل قوله عليه السلام اذا وطئ احدكم الاذي بنعليه فان التراب له طهور الى غير ذلك مما روي في هذا المعنى ومن رآ أن للماء في ذلك مزيد خصوص منع ذلك الا في موضع الرخصة فقط وهي المخرجان ولما طالبت الحنفية الشافعية بذلك الخصوص المزيد الذي للماء لجئوا في ذلك الى انها عبادة اذ لم يقدروا بان يعطوا في ذلك سبباً معقولا حتى انهم سلموا ان الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معقول وانما ازالته بمعني شرعي حكمي وطال الخطب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة بالماء عبادة او معنى معقول خلفاً عن سلف واضطرت الشافعية الى ان تثبت ان في الماء قوة شرعية في رفع احكام النجاسات ليست في غيره وان استوى مع سائر الاشياء في ازالة العين وأن المقصود انما هو ازالة ذلك الحكم الذي اختص به الماء لا ذهاب عين النجاسة بل قد يذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصد وقد كانوا اتفقوا قبيل مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعنى شرعية ولذلك لم تحتج الي نية ولو راموا الانفصال عنهم فاذا نوى أن للماء قوة احالة للانجاس والادناس وقلعها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعتمده الناس في تنظيف الابدان والثياب لكان قولا جيداً وغير بعيد بل لعله واجب ان يعتقد أن الشرع انما اعتمد في كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التي في الماء ولو كانوا قالوا هذا لقد كانوا قد قالوا في ذلك قولا هو ادخل في مذهب الفقه الجاري على المعاني وانما يلجأ الفقيه الي ان يقول عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من امرهم في اكثر المواضع وأما اختلافهم في الروث فسببه اختلافهم في المفهوم من النهي الوارد في ذلك عنه عليه السلام أعني امره عليه السلام أن لا يستنجي بعظم ولا روث فمن دل عنده النهي على افساده لم يجز ذلك ومن لم ير ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية ولم يعده الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلان الروث نجس عنده

الباب الخامس وأما الصفة التي بها تزول فاتفق العلماء على انها غسل ومسح ونضح لورود ذلك في الشرع وثبوته في الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع انواع النجاسات ولجميع محال النجاسات وأن المسح بالاحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين وفي النعلين من العشب اليابس وكذلك

ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هي على ظاهر حديث ام سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك فى ثلاثة مواضع هي اصول هذا الباب، أحدها فى النضح لاي نجاسة هو. والثاني في المسح لاى محل هو ولاى نجاسة هو بعد ان اتفقوا على ما ذكرنا. والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح أما النضح فان قوما قالوا هذا خاص بازالة بول الطفل الذى لم ياكل الطعام وقوم فرقوا بين بول الذكر فى ذلك والانثى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الانثي وقوم قالوا الغسل طهارة ما يتيقن نجاسته والنضح طهارة ماشك فيه وهو مذهب مالك بن انس رضى الله عنه *وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الاحاديث في ذلك أعنى اختلافهم فى مفهومها وذلك أن هاهنا حديثين ثابتين فى النضح أحدهما حديث عائشة أن النبي عليه السلام كان يوتي بالصبيان فيبرك عليهم ويحنكهم فاتى بصبي فبال عليه فدعا بماء فاتبعه بوله ولم يغسله وفى بعض رواياته فنضحه ولم يغسله خرّجه البخارى والآخر حديث انس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيته قال فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول مالبس فنضحته بالماء فمن الناس من صار الى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستثناه من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة فى الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح الا الذى فى حديث انس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه وأما الذى فرق فى ذلك بين بول الذكر والانثي فانه اعتمد على مارواه ابوداود عن ابي السمح من قوله عليه السلام يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي وأما من لم يفرق فانما اعتمد قياس الانثى على الذكر الذى ورد فيه الحديث الثابت وأما المسح فان قوماً اجازوه فى أى محل كانت النجاسة اذا اذهب عينها على مذهب ابي حنيفة وكذلك الفرك على قياس من يرى ان كل ما ازال العين فقد طهر وقوم لم يجيزوه فى المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المراة وفى الخف وذلك من العشب اليابس لا من الاذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهؤلاء لم يعدوا المسح الى غير المواضع التى جاءت في الشرع وأما الفريق الآخر فانهم عدوه *والسبب فى اختلافهم فى ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة او حكم فمن قال رخصة لم يعدها الي غيرها أعنى لم يقس عليها ومن قال هو حكم من احكام ازالة النجاسة كحكم الغسل عداه، وأما اختلافهم في العدد فان قوماً اشترطوا الانقاء فقط في الغسل والمسح وقوماً اشترطوا العدد فى الاستجمار وفى الغسل والذين اشترطوه فى الغسل منهم من اقتصر على المحل الذى ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع ومنهم من عداه إلى سائر النجاسات اما من لم يشترط العدد لا في غسل ولا فى مسح فمنهم مالك وأبو حنيفة واما من اشترط فى الاستجمار العدد أعنى ثلاثة احجار لا أقل من ذلك فمنهم الشافعي وأهل الظاهر واما من اشترط العدد فى الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الاناء سبعا من ولوغ الكلب فالشافعى ومن قال بقوله واما من عداه واشترط السبع فى غسل النجاسات ففى اغلب ظنى أن أحمد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة فى ازالة النجاسة الغير محسوسة العين أعنى الحكمية *وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ في الاحاديث التي ذكر فيها العدد وذلك أن من كان المفهوم عنده من الامر بازالة النجاسة ازالة عينها لم يشترط العدد أصلا وجعل العدد الوارد من ذلك فى الاستجمار فى حديث سلمان الثابت الذي فيه لا مر الا يستنجي باقل من ثلاثة احجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الاحديث وجعل العدد المشترط في غسل الاناء من ولوغ الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك وأما من صار إلى ظواهر هذه الاثار واستثناها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه الحال التى ورد العدد فيها واما من رجح الظاهر على المفهوم فانه عدى ذلك الى سائر النجاسات وأما

حجة أبي حنيفة في الثلاثة فلقوله عليه السلام إذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده ثلاثا قبل ان يدخلها في انائه

الباب السادس

واما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فاكثرها محمولة عند الفقهاء على الندب وهي معلومة من السنة كالبعد في المذهب إذا أراد الحاجة وترك الكلام عليها والنهي عن الاستنجاء باليمين والا يمس ذكره بيمينه وغير ذلك مما ورد في الآثار وانما اختلفوا من ذلك في مسئلة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة أقوال قول انه لا يجوز ان تستقبل القبلة لغائط ولا لبول أصلا ولا في موضع من المواضع وقول ان ذلك يجوز باطلاق وقول انه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز ذلك في الصحرا وفي غير المباني والمدن* والسبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث أبي ايوب الانصاري أنه قال عليه السلام اذا اتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا والحديث الثاني حديث عبد الله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهر بيت أختي حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعداً لحاجته على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة فذهب الناس في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الجمع والثاني مذهب الترجيح والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية اذا وقع التعارض وأعني بالبراءة الاصلية عدم الحكم فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث أبي أيوب الانصاري على الصحارى وحيث لا سترة وحمل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب مالك ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث أبي أيوب لانه اذا تعارض حديثان أحدهما فيه شرع موضوع والاخر موافق للاصل الذى هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منها من المتأخر وجب ان يصار إلى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذي ورد أيضاً من طريق العدول يمكن ان يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن ان يكون بعده فلم يجز ان يترك شرعا وجب العمل به بظن لم نؤمر ان يوجب النسخ به الا لو نقل انه كان بعد فان الظنون التي تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع أعني التي توجب رفعها أو ايجابها وليست هي أي ظن اتفق ولذلك مايقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذى أوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التي قلناها هي طريقة أبي محمد بن حزم الاندلسي وهي طريقة جيدة بينة على اصول أهل الكلام الفقهي وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك ماثبت بالدليل الشرعي واما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبني على ان الشك يسقط الحكم ويرفعه وانه كلا حكم وهو مذهب داود الظاهري ولكن خالفه أبو محمد بن حزم في هذا الاصل مع أنه من أصحابه قال القاضي فهذا هو الذى رأينا ان نثبته في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا انها تجرى مجري الاصول وهي التي نطق بها في الشرع أكثر ذلك أعني اذا كثرها يتعلق بالمنطوق به اما تعلقا قريباً او قريباً من القريب وان تذكرنا لشئ من هذا الجنس اثبتناه في هذا الباب واكثر ماعولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى اربابها هو كتاب الاستذكار وانا قد ابحت لمن وقع من ذلك على وهم لي ان يصلحه والله المعين والموفق

كتاب الصلاة

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

والصلاة تنقسم اولا وبالجملة الى فرض وندب. والقول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر بالجملة في أربعة اجناس أعني أربع جمل. الجملة الاولى في معرفة الوجوب ومايتعلق به والجملة الثانية في معرفة شروطها الثلاث أعني شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال. الجملة الثالثة في معرفة ماتشتمل عليه من افعال وأقوال وهي

الاركان. الجملة الرابعة في قضائها ومعرفة اصلاح مايقع فيها من الخلل وجبره لانه قضاء ما اذ كان استدراكا لما فات

﴿الجملة الاولي﴾ وهذه الجملة فيها أربع مسائل هي في معني اصول هذا الباب المسئلة الاولى في بيان وجوبها. الثانية في بيان عدد الواجبات منها. الثالثة في بيان على من يجب الرابعة ما الواجب على من تركها متعمداً

﴿المسئلة الاولى﴾ اما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك تغني عن تكلف القول فيه

﴿المسئلة الثانية﴾ واما عدد الواجب منها ففيه قولان أحدهما قول مالك والشافعي والاكثر وهوان الواجب هي الخمس صلوات فقط لاغير والثاني قول أبي حنيفة وأصحابه وهو ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ماثبت بالسنة واجباً اوفرضاً لامعني له *وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة اما الاحاديث التي مفهومها وجوب الخمس فقط بل هي نص في ذلك فمشهورة وثابتة ومن ابينها في ذلك ما ورد في حديث الاسراء المشهور انه لما بلغ الفرض الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك فان امتك لاتطيق ذلك قال فراجعته فقال تعالي هي خمس وهي خمسون لايبدل القول لدى وحديث الاعرابي المشهور الذي سأل النبي عليه السلام عن الاسلام فقال له خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل على غيرها قال لا الا ان تطوع واما الاحاديث التي مفهومها وجوب الوتر فمنها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله قد زادكم صلاة وهي الوتر فحافظوا عليها وحديث خارجة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الله أمركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا فمن رأى ان الزيادة هي نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ بها ان تكون ناسخة لتلك الاحاديث الثابتة المشهورة رجح تلك الاحاديث وايضا فانه ثبت من قوله تعالى في حديث الاسراء انه لا يبدل القول لديه وظاهره انه لايزاد فيها ولاينقص منها وان كان هو في النقصان اظهر والخبر ليس يدخله النسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس الي رتبة توجب العمل أوجب المصير الى هذه الزيادة لا سيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لاتوجب نسخاً لكن ليس هذا من رأى ابي حنيفة

﴿المسئلة الثالثة﴾ واما على من تجب فعلى المسلم البالغ ولاخلاف في ذلك

﴿المسئلة الرابعة﴾ واما ما الواجب على من تركها عمداً وامر بها فابى ان يصليها لاجحوداً لفرضها فان قوما قالوا يقتل وقوما قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من اوجب قتله كفراً وهو مذهب احمد واسحاق وابن المبارك ومنهم من اوجبه حداً وهو مذهب مالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واهل الظاهر ممن رآ حبسه وتعزيره حتى يصلي *والسبب في هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك انه ثبت عنه عليه السلام انه قال لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان اوزنا بعد احصان او قتل نفس بغير نفس وروى عنه عليه السلام من حديث بريدة قال العهد الذى بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس بين العبد وبين الكفر اوقال الشرك الا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر هاهنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث كانه تفسير لقوله عليه السلام كفر بعد ايمان ومن فهم هاهنا التغليظ والتوبيخ اى ان افعاله افعال كافر وانه في صورة كافر كما قال لايزني المومن حين يزنى وهو مومن ولايسرق السارق حين يسرق وهو مومن لم ير قتله كفراً واما من قال يقتل حداً فضعيف ولا مستند له الا قياس شبه ضعيف ان امكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة رأس المامورات والقتل رأس المنهيات وعلي الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك الصلاة

معلوم أنه ليس بمكذب الاان يتركها معتقداً لتركها هكذا فنحن اذا بين احدامرين اما ان اردنا ان نفهم من الحديث الكفر الحقيقي يجب علينا ان نتأول انه اراد عليه السلام من ترك الصلاة معتقداً لتركها فقد كفر واما ان يحمل اسم الكفر على غير موضوعه الاول وذلك على احد معنيين اما على أن حكمه حكم الكافر أعنى فى القتل وسائر احكام الكفار وان لم يكن مكذبا واما على أن افعاله افعال كافر على جهة التغليظ والردع له أي ان فاعل هذا يشبه الكافر في الافعال اذ كان الكافر لا يصلى كما قال عليه السلام لا يزني المومن حين يزنى وهو مومن وحمله على أن حكمه حكم الكافر فى احكامه لا يجب المصير اليه الا بدليل لانه حكم لم يثبت بعد فى الشرع من طريق يجب المصير اليه فقد يجب اذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقى الذى هو التكذيب ان يدل على المعنى المجازى لا على معنى يوجب حكماً لم يثبت بعد فى الشرع بل يثبت ضده وهو انه لا يحل دمه إذ هو خارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذا فانه بين والله اعلم أعني انه يجب علينا احد امرين اما ان نقدر فى الكلام محذوفا ان اردنا حمله على المعني الشرعى المفهوم من اسم الكفر واما أن يحمله على المعنى المستعار واما حمله علي ان حكمه حكم الكافر في جميع احكامه مع انه مومن فشئ مفارق للاصول مع ان الحديث نص فى حصن من يجب قتله كفراً وحداً ولذلك صار هذا القول مضاهياً لقول من يكفر بالذنوب

﴿الجملة الثانية في الشروط﴾

وهذه الجملة فيها ثمانية ابواب. الباب الاول في معرفة الاوقات. الثانى في معرفة الاذان والاقامة. الثالث فى معرفة القبلة. الرابع في ستر العورة واللباس فى الصلاة. الخامس فى اشتراط الطهارة من النجس فى الصلاة. السادس فى تعيين المواضع التى يصلى فيها من المواضع التى لا يصلى فيها. السابع فى معرفة الشروط التى هى شرط فى صحة الصلاة. الثامن فى معرفة النية وكيفية اشتراطها فى الصلاة

﴿الباب الاول﴾

وهذا الباب ينقسم اولا الى فصلين. الاول فى معرفة الاوقات المامور بها. الثانى فى معرفة الاوقات المنهى عنها الفصل الاول وهذا الفصل ينقسم الى قسمين ايضاً القسم الاول فى الاوقات الموسعة والمختارة والثاني فى اوقات اهل الضرورة

﴿القسم الاول﴾

من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل فى هذا الباب قوله تعالى إن الصلاة كانت على المومنين كتابا موقوتا واتفق المسلمون علي ان للصلوات الخمس اوقاتا خمساً هى شرط فى صحة الصلاة وان منها اوقات فضيلة واوقات توسعة واختلفوا فى حدود اوقات التوسعة والفضل وفيه خمس مسائل

﴿المسئلة الاولي﴾

اتفقوا على ان اول وقت الظهر الذى لا تجوز قبله هو الزوال الا خلافا شاذاً روى عن ابن عباس والا ماروى من الخلاف فى صلاة الجمعة على ما سياتي واختلفوا منها فى موضعين في آخر وقتها الموسع وفي وقتها المرغب فيه فاما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعى وابو ثور وداود هو ان يكون ظل كل شئ مثله وقال ابو حنيفة آخر الوقت ان يكون ظل كل شئ مثليه فى احدى الروايتين عنه وهو عنده اول وقت العصر وقد روى عنه ان آخر وقت الظهر هو المثل واول وقت العصر المثلان وان ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر وبه قال صاحبه ابو يوسف ومحمد * وسبب الخلاف فى ذلك اختلاف الاحاديث وذلك انه ورد فى امامة جبريل انه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر فى اليوم الاول حين زالت الشمس وفى اليوم الثانى حين كان ظل كل شيء مثله ثم قال الوقت ما بين هذين وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم انما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر إلى غروب الشمس اوتى اهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم اوتى اهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً

ثم اوتينا القرآن من قبلنا فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال اهل الكتاب اى ربنا اعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين واعطيتنا قيراطاً قيراطاً ونحن كنا أكثر عملا قال الله تعالى هل ظلمتكم من اجركم من شئ قالوا لا قال فهو فضلي اوتيه من اشاء فذهب مالك والشافعي إلى حديث امامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو انه إذا كان من العصر الى الغروب اقصر من أول الظهر إلي العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب ان يكون أول العصر أكثر من قامة وان يكون هذا هو آخر وقت الظهر قال أبو محمد بن حزم وليس كما ظنوا وقد امتحن الامر فوجدت القامة تنتهي من النهار الى تسع ساعات وكسر قال القاضي انا الشاك في الكسر واظنه قال وثلث وحجة من قال باتصال الوقتين أعني اتصالا لا بفصل غير منقسم قوله عليه السلام لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت اخري وهو حديث ثابت وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك إلى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تاخيرها عن أول الوقت قليلا في مساجد الجماعات وقال الشافعي أول الوقت أفضل الا في شدة الحر وروي مثل ذلك عن مالك وقالت طائفة أول الوقت أفضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفى الحر والبرد وإنما اختلفوا فى ذلك لاختلاف الاحاديث وذلك ان فى ذلك حديثين ثابتين أحدهما قوله عليه السلام اذا اشتد الحر فابردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم والثاني ان النبي عليه السلام كان يصلي الظهر بالهاجرة وفى حديث خباب انهم شكوا اليه حر الرمضاء فلم يشكهم خرجه مسلم قال زهير راوى الحديث قلت لابي اسحاق شيخه افى الظهر قال نعم قلت افى تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث الابراد إذ هو نص وتأولوا هذه الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث لعموم ماروى من قوله عليه السلام وقد سئل أى الاعمال أفضل قال الصلاة لاول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعني لاول ميقاتها مختلف فيها

﴿ المسئلة الثانية ﴾

اختلفوا من صلاة العصر فى موضعين أحدهما في اشتراك اول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر والثاني في آخر وقتها فاما اختلافهم في الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعى وداود وجماعة على ان أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك إذا صار ظل كل شيء مثله الا ان مالكا يرى ان آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت مشترك للصلاتين معاً أعنى بقدر مايصلى فيه أربع ركعات وأما الشافعى وأبو ثور وداود فآخر وقت الظهر عندهم هو الان الذى هو أول وقت العصر وهو زمان غير منقسم وقال أبو حنيفة كما قلنا أول وقت العصر ان يصير ظل كل شئ مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبي حنيفة معهم فى ذلك وأما سبب اختلاف مالك مع الشافعى ومن قال بقوله فى هذه فمعارضة حديث جبريل فى هذا المعنى لحديث عبدالله بن عمر وذلك انه جاء فى امامة جبريل انه صلى بالنبي عليه السلام الظهر فى اليوم الثاني فى الوقت الذى صلى فيه العصر فى اليوم الاول وفي حديث ابن عمر أنه قال عليه السلام وقت الظهر مالم يحضر وقت العصر خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبدالله لم يجعل بينهما اشتراكا وحديث جبريل امكن ان يصرف الي حديث عبدالله من حديث عبدالله إلى حديث جبريل لانه يحتمل ان يكون الراوي يجوز فى ذلك لقرب مابين الوقتين وحديث امامة جبريل صححه الترمذى وحديث ابن عمر خرجه مسلم وأما اختلافهم في آخر وقت العصر فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما ان آخر وقتها ان يصير ظل كل شئ مثليه وبه قال الشافعى والثانية ان آخر وقتها مالم تصفر الشمس وهذا قول أحمد بن حنبل وقال أهل الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة * والسبب فى اختلافهم ان فى ذلك ثلاثة أحاديث متعارضة الظاهر أحدها حديث عبد الله بن

عمر خرجه مسلم وفيه فاذا صليتم العصر فانه وقت الى ان تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر مالم تصفر الشمس والثانى حديث ابن عباس فى امامة جبريل وفيه أنه صلى به العصر فى اليوم الثانى حين كان ظل كل شئ مثليه والثالث حديث أبى هريرة المشهور من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر ومن ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح فمن صار الى ترجيح حديث امامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين ومن صار الى ترجيح حديث ابن عمر جعل آخر وقتها المختار اصفرار الشمس ومن صار الي ترجيح حديث أبي هريرة قال وقت العصر الى ان يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم أهل الظاهر كما قلنا واما الجمهور فسلكوا في حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس اذا كان معارضاً لهما كل التعارض مسلك الجمع لان حديثى ابن عباس وابن عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ولذلك قال مالك مرة بهذا ومرة بذلك وأما الذى فى حديث أبى هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبى هريرة انما خرج مخرج أهل الاعذار

﴿المسئلة الثالثة﴾

احتلفوا في المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا فذهب قوم الي ان وقتها واحد غير موسع وهذا هو اشهر الروايات عن مالك وعن الشافعى وذهب قوم الى أن وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال ابو حنيفة وأحمد وابو ثور وداود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعي *وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حديث امامة جبريل فى ذلك لحديث عبدالله بن عمر وذلك ان في حديث امامة جبريل انه صلي المغرب فى اليومين فى وقت واحد وفى حديث عبدالله ووقت صلاة المغرب مالم يغب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتاً واحداً ومن رجح حديث عبدالله جعل لها وقتاً موسعاً وحديث عبدالله خرّجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل أعني حديث ابن عباس الذى فيه انه صلى بالنبى عليه السلام عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذى فى حديث عبدالله من ذلك هو موجود ايضاً فى حديث بريدة الاسلمي خرّجه مسلم وهو اصل فى هذا الباب قالوا وحديث بريدة اولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن اوقات الصلوات وحديث جبريل كان فى اول الفرض بمكة

﴿المسئلة الرابعة﴾

اختلفوا من وقت العشاء الآخرة فى موضعين أحدهما في اوله والثانى في آخره اما اوله فذهب مالك والشافعى وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب ابو حنيفة الى انه مغيب البياض الذى يكون بعد الحمرة *وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق فى لسان العرب فانه كما أن الفجر فجران كذلك الشفق شفقان احمر وابيض ومغيب الشفق الابيض يلزم ان يكون بعده من اول الليل وذلك انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت فى حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء فى اليوم الاول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثالثة ورجح ابو حنيفة مذهبهم بما ورد فى تاخير العشاء واستحباب تاخيره وقوله لولا ان اشق على امتى لاخرت هذه الصلاة الى نصف الليل وأما آخر وقتها فاختلفوا فيه على ثلاثة اقوال. قول انه ثلث الليل وقول انه نصف الليل وقول انه الى طلوع الفجر وبالاول أعنى ثلث الليل قال الشافعى وابو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروى عن مالك القول الثاني أعنى نصف الليل. وأما الثالث فقول داود *وسبب الخلاف فى ذلك تعارض الآثار ففى حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبى عليه السلام فى اليوم الثانى ثلث الليل وفى حديث انس انه قال اخر النبى صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرّجه البخارى وروى ايضاً من حديث ابى سعيد الخدرى وابى هريرة

عن النبي عليه السلام انه قال لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى نصف الليل وفى حديث ابى قتادة ليس التفريط فى النوم انما التفريط ان تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الاخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث انس قال شطر الليل وأما اهل الظاهر فاعتمدوا حديث ابى قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ ولو لم يكن ناسخاً لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب ان يصار الي استصحاب حال الاجماع وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر. واختلفوا فيما قبل فانا روينا عن ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب ان يستصحب حكم الوقت الا حيث وقع الاتفاق على خروجه واحسب ان به قال ابو حنيفة

المسئلة الخامسة

واتفقوا على أن اول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس الا ماروى عن ابن القاسم وعن بعض اصحاب الشافعي من ان آخر وقتها الاسفار واختلفوا فى وقتها المختار فذهب الكوفيون وابو حنيفة واصحابه والثورى واكثر العراقيين الى ان الاسفار بها افضل وذهب مالك والشافعى واصحابه واحمد بن حنبل وابو ثور وداود الى ان التغليس بها افضل * وسبب اختلافهم فى طريقة جمع الاحاديث المختلفة الظواهر فى ذلك وذلك انه ورد عنه عليه السلام من طريق رافع بن خديج انه قال اسفروا بالصبح فكلما اسفرتم فهو اعظم للاجر وروي عنه عليه السلام انه قال وقد سئل أى الاعمال افضل قال الصلاة لاول ميقاتها وثبت عنه عليه السلام انه كان يصلى الصبح فينصرف النساء متلفعات بمروطهن مايعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله في الاغلب فمن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لاول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضى على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز وانه انما تضمن الاخبار بوقوع ذلك منه لا بانه كان ذلك غالب احواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار افضل من التغليس ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة له ولانه نص فى ذلك اوظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن ان يريد بذلك تبين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد فى ذلك تعارض قال افضل الوقت اوله وأما من ذهب الى ان آخر وقتها الاسفار فانه تاول الحديث في ذلك انه لاهل الضرورات أعنى قوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح وهذا شبيه بما فعله الجمهور في العصر والعجب انهم عدلوا عن ذلك فى هذا ووافقوا اهل الظاهر ولذلك لاهل الظاهر ان يطالبوهم بالفرق بين ذلك

القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الاول

فاما اوقات الضرورة والعذر فاثبتها كما قلنا فقهاء الامصار ونفاها اهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم فى ذلك واختلف هؤلاء الذين اثبتوها فى ثلاثة مواضع. أحدها لاى الصلوات توجد هذه الاوقات ولايها لا. والثانى فى حدود هذه الاوقات. الثالث فى من هم اهل العذر الذين رخص لهم فى هذه الاوقات وفى احكامهم فى ذلك أعنى من وجوب الصلاة ومن سقوطها

المسئلة الاولى

اتفق مالك والشافعى على أن هذا الوقت هو لاربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا في جهة اشتراكهما على ما سياتي بعد وخالفهم ابو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو للعصر فقط وانه ليس هاهنا وقت مشترك * وسبب اختلافهم فى ذلك هو اختلافهم فى جواز الجمع بين الصلاتين فى السفر فى وقت احداهما على ما سياتى بعد فمن تمسك بالنص الوارد فى صلاة العصر أعنى الثابت من قوله عليه السلام من ادرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد ادرك العصر وفهم من هذا

الرخصة ولم يجز الاشتراك في الجمع لقوله عليه السلام لايفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الاخرى ولما سنذكره
بعد في باب الجمع من حجج الفريقين قال انه لايكون هذا الوقت الا لصلاة العصر فقط ومن اجاز الاشتراك في الجمع
في السفر قاس عليه اهل الضرورات لان المسافر ايضاً صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشتركا للظهر والعصر
والمغرب والعشاء ﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف مالك والشافعي في آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك
هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار اربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر الى ان يبقى للنهار مقدار
اربع ركعات للحاضر او ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو اما مقدار اربع ركعات للحاضر بعد
الزوال واما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص بالعصر اما اربع ركعات قبل المغيب للحاضر واما اثنان للمسافر
أعني انه من ادرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك
الوقت ومن ادرك اكثر من ذلك ادرك الصلاتين معاً او حكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر
مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء الا ان الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو
مقدار ثلاث ركعات قبل ان يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الاخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار اربع ركعات
وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر وأما الشافعي فجعل حدود اواخر هذه الاوقات
المشتركة حداً واحداً وهو ادراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معاً ومقدار ركعة ايضاً قبل
انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معاً وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعني انه من ادرك تكبيرة قبل غروب الشمس
فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معاً وأما ابو حنيفة فوافق مالكا في أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لاهل الضرورات
عنده قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص *وسبب اختلافهم أعني مالكا والشافعي هل القول باشتراك
الوقت للصلاتين معاً يقتضي ان لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك ام انما يقتضي أن لهما وقتاً مشتركا فقط وحجة
الشافعي أن الجمع انما دل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص وأما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة
على الاشتراك عنده في وقت التوسعة أعني انه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص
وجب ان يكون الامر كذلك في اوقات الضرورة والشافعي لايوافقه على اشتراك الظهر والعصر في وقت التوسعة
فخلافهما في هذه المسئلة انما ينبني والله اعلم على اختلافهم في تلك الاولى فتأمله فانه بين والله اعلم

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما هذه الاوقات أعني اوقات الضرورة فاتفقوا على أنها لاربع للحائض تطهر
في هذه الاوقات او تحيض في هذه الاوقات وهي لم تصل والمسافر يذكر الصلاة في هذه الاوقات وهو حاضر او الحاضر
يذكرها فيها وهو مسافر والصبي يبلغ فيها والكافر يسلم واختلفوا في المغمى عليه فقال مالك والشافعي هو كالحائض
من اهل هذه الاوقات لانه لايقضي عندهم الصلاة التي ذهب وقتها وعند ابي حنيفة انه يقضي الصلاة فيما دون الخمس
فاذا افاق عنده من اغمائه متى ما افاق قضى الصلاة وعند الآخر انه اذا افاق في اوقات الضرورة لزمته الصلاة التي افاق في
وقتها واذا لم يفق فيها لم تلزمه الصلاة وستأتي مسئلة المغمى عليه فيما بعد. واتفقوا على أن المرأة اذا طهرت في هذه الاوقات
انما تجب عليها الصلاة التي طهرت في وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقي من النهار اربع ركعات لغروب الشمس
الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلاتان معاً وعند الشافعي ان بقي ركعة للغروب فالصلاتان
معاً كما قلنا او تكبيرة على القول الثاني له وكذلك الامر عند مالك في المسافر الناسي يحضر في هذه الاوقات او الحاضر

يسافر وكذلك الكافر يسلم فى هذه الاوقات أعنى انه تلزمهم الصلاة وكذلك الصبى يبلغ والسبب فى ان جعل مالك الركعة جزءاً لآخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة حداً مثل التكبيرة منها ان قوله عليه السلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل على الاكثر وعند الشافعى من باب التنبيه بالاكثر علي الاقل وأيد هذا بما روى من ادرك سجدة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر فانه فهم من السجدة هاهنا جزءاً من الركعة وذلك على قوله الذى قال فيه من ادرك منهم تكبيرة قبل الغروب او الطلوع فقد ادرك الوقت ومالك يرى أن الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها وكذلك الصبى يبلغ وأما الكافر يسلم فيعتد له بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغمي عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الحائض اذا حاضت فى هذه الاوقات وهي لم تصل بعد أن القضاء ساقط عنها والشافعى يرى أن القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يري أن الصلاة تجب بدخول اول الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن ان تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا ان يقال ان الصلاة انما تجب بآخر الوقت وهو مذهب ابى حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول ابى حنيفة أعني جاريا على اصوله لا على اصول قول مالك

﴿الفصل الثانى من الباب الاول فى الاوقات المنهى عن الصلاة فيها﴾

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها فى موضعين أحدهما فى عددها والثاني فى الصلوات التي يتعلق النهى عن فعلها فيها

﴿المسئلة الاولي﴾ اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهي عن الصلاة فيها وهى وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلى صلاة الصبح حتى تطلع الشمس . واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفى الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه الى ان الاوقات المنهي عنها هى اربعة الطلوع والغروب وبعد الصبح وبعد العصر واجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعى الى ان هذه الاوقات الخمسة كلها منهى عنها الا وقت الزوال يوم الجمعة فانه اجاز فيه الصلاة واستثني قوم من ذلك الصلاة بعد العصر * وسبب الخلاف فى ذلك احد شيئين اما معارضة اثر لأثر واما معارضة الأثر للعمل عند من راعي العمل أعنى عمل اهل المدينة وهو مالك بن انس فحيث ورد النهى ولم يكن هناك معارض لا من قول ولا من عمل اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا أما اختلافهم فى وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه للأثر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهنى انه قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا ان نصلى فيها وان نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتي ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تضيف الشمس للغروب خرّجه مسلم وحديث ابى عبد الله الصنابحى فى معناه ولكنه منقطع خرّجه مالك فى موطاه فمن الناس من ذهب الى منع الصلاة في هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال اما باطلاق وهو مالك واما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعى اما مالك فلان العمل عنده بالمدينة لما وجده على الوقتين فقط ولم يجده على الوقت الثالث أعنى الزوال اباح الصلاة فيه واعتقد أن ذلك النهي منسوخ بالعمل وأما من لم ير للعمل تاثيراً فبقى على اصله فى المنع وقد تكلمنا فى العمل وقوته في كتابنا في الكلام الفقهى وهو الذى يدعي باصول الفقه وأما الشافعى فلما صح عنده ما روى ابن شهاب عن ثعلبة بن ابي مالك القرظي انهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التي كانت تطرح الى جدار المسجد الغربي فاذا غشي الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع ما

رواه ايضاً عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من ذلك النهى يوم الجمعة وقوى هذا الاثر عنده العمل فى ايام عمر بذلك وان كان الاثر عنده ضعيفاً وأما من رجح الاثر الثابت فى ذلك فبقى على اصله فى النهي وأما اختلافهم فى الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الاثار الثابتة في ذلك وذلك ان فى ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث ابي هريرة المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس والثاني حديث عائشة قالت ماترك رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين فى بيتى قط سراً ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث ابي هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة اورآه ناسخاً لانه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث ام سلمة يعارض حديث عائشة وفيه انها رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال انه اتاني ناس من عبد القيس فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان ﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء فى الصلاة التى لاتجوز فى هذه الاوقات فذهب ابوحنيفة واصحابه الى انه لاتجوز فى هذه الاوقات صلاة باطلاق لافريضة مقضية ولاسنة ولا نافلة الاعصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه . واتفق مالك والشافعي انه يقضى الصلوات المفروضة فى هذه الاوقات وذهب الشافعى الي ان الصلوات التى لاتجوز مع هذه الاوقات هى النوافل فقط التى تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنازة تجوز في هذه الاوقات ووافقه مالك فى ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعنى فى السنن وخالفه فى التى تفعل لسبب مثل ركعتى المسجد فان الشافعى يجيز هذين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولايجيز ذلك مالك واختلف قول مالك في جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثورى فى الصلوات التى لاتجوز في هذه الاوقات هى ماعدى الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل فى ذلك ثلاثة اقوال . قول هي الصلوات باطلاق وقول انها ماعدى المفروض سواء كانت سنة او نفلا . وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التى منع مالك فيها صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معاً عند الطلوع والغروب * وسبب الخلاف فى ذلك اختلافهم فى الجمع من العمومات المتعارضة فى ذلك أعنى الواردة فى السنة وأى يخص باي وذلك ان عموم قوله عليه السلام اذا نسى احدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضى استغراق جميع الاوقات وقوله في احاديث النهي فى هذه الاوقات نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضى ايضاً عموم اجناس الصلوات أعنى المفروضات والسنن والنوافل فمتى حملنا الحديثين على العموم فى ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذى يقع بين العام والخاص امافى الزمان واما فى اسم الصلاة فمن ذهب الى الاستثناء في الزمان أعنى استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق فى تلك الساعات ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهي عنها اجازما عدى الفرض فى تلك الاوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثنى الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بماورد من قوله عليه السلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم ان يستثنوا من ذلك صلاة الصبح ايضاً للنص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن المدرك لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمدرك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح وأما الكوفيون فلهم ان يقولوا ان هذا الحديث

ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التى تعلق النهى به فى تلك الاوقات لان عصر اليوم ليس فى معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم ان يقولوا فى الصبح لو سلموا انه يقضى فى الوقت المنهي عنه فاذا الخلاف بينهم آئل الى ان المستثنى الذى ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص اريد به الخاص او من باب الخاص اريد به العام وذلك أن من رآ ان المفهوم من ذلك هى صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص اريد به الخاص ومن رآ ان المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص اريد به العام واذا كان ذلك كذلك فليس هاهنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هى المستثناة من اسم الصلاة الفائتة كما انه ليس هاهنا دليل اصلا لاقاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد في احاديث النهى من الزمان العام الوارد فى احاديث الامر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها فى احاديث الامر من الصلاة العامية المنطوق بها فى احاديث النهي وهذا بين فانه اذا تعارض حديثان فى كل واحد منهما عام وخاص لم يجب ان يصار الى تغليب احدهما الا بدليل أعنى استثناء خاص هذا من عام ذلك او خاص ذلك من عام هذا وذلك بين والله اعلم

﴿الباب الثانى في معرفة الاذان والاقامة﴾

وهذا الباب ينقسم ايضاً الى فصلين . الاول في الاذان، والثانى فى الاقامة

﴿الفصل الاول﴾

وهذا الفصل ينحصر فيه الكلام فى خمسة اقسام، الاول فى صفته، الثانى فى حكمه. الثالث فى وقته، الرابع فى شروطه. الخامس فيما يقوله السامع له

﴿القسم الاول من الفصل الاول من الباب الثاني في صفة الاذان﴾

اختلف العلماء فى الاذان على اربع صفات مشهورة. احداها تثنية التكبير فيه وتربيع الشهادتين وباقيه مثنى وهو مذهب اهل المدينة مالك وغيره واختار المتأخرون من اصحاب مالك الترجيع وهو ان يثنى الشهادتين اولا خفياً ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت . والصفة الثانية اذان المكيين وبه قال الشافعى وهو تربيع التكبير الاول والشهادتين وتثنية باقى الاذان ، والصفة الثالثة اذان الكوفيين وهو تربيع التكبير الاول وتثنية باقى الاذان وبه قال ابو حنيفة. والصفة الرابعة اذان البصريين وهو تربيع التكبير الاول وتثليث الشهادتين وحي على الصلاة وحى على الفلاح يبدأ باشهد ان لا اله الا الله حتى يصل حي على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية أعنى الاربع كلمات سبعاً ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين * والسبب فى اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار في ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك ان المدنيين يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك فى المدينة والمكيون كذلك ايضاً يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله اما تثنية التكبير في اوله على مذهب اهل الحجاز فروي من طرق صحاح عن ابي محذورة وعبد الله بن زيد الانصاري وتربيعه ايضاً مروى عن ابى محذورة من طرق اخر وعن عبد الله بن زيد قال الشافعى وهى زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة وأما الترجيع الذى اختاره المتأخرون من اصحاب مالك فروى من طريق ابى قدامة قال ابو عمر وابو قدامة عندهم ضعيف وأما الكوفيون فبحديث ابي ليلى وفيه أن عبد الله بن زيد رآ في المنام رجلا قام على حدم حائط وعليه بردان اخضران فاذن مثنى وأقام مثنى وانه اخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فاذن مثنى واقام مثنى والذى خرّجه البخارى فى هذا الباب انما هو من حديث انس فقط وهو أن بلالا امر ان يشفع الاذان ويوتر الاقامة الا قد قامت الصلاة فانه يثنيها وخرج مسلم عن ابى محذورة على صفة اذان الحجازيين ولما كان هذا التعارض

الذي ورد في الاذان رأى احمد بن حنبل وداود ان هذه الصفات المختلفة انما وردت على التخيير لا على ايجاب واحدة منها وأن الانسان مخير فيها واختلفوا فى قول المؤذن فى صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها ام لا فذهب الجمهور الى انه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المسنون وبه قال الشافعى *وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك فى زمان النبي اوانما قيل فى زمان عمر

﴿القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الثانى﴾ واختلف العلماء فى حكم الاذان هل هو واجب اوسنة مؤكدة وان كان واجباً فهل هو من فروض الاعيان او من فروض الكفاية فقيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضاً ولا سنة وقال بعض اهل الظاهر هو واجب على الاعيان وقال بعضهم على الجماعة كانت فى سفر اوفي حضر وقال بعضهم في السفر واتفق الشافعى وأبو حنيفة على انه سنة للمنفرد والجماعة الا انه اكد فى حق الجماعة قال ابو عمر واتفق الكل على انه سنة مؤكدة اوفرض على المصر لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سمع النداء لم يغر واذا لم يسمعه اغار *والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمالك بن الحويرث واصاحبه اذا كنتما فى سفر فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما وكذلك ماروي من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعة فمن فهم من هذا الوجوب مطلقاً قال انه فرض على الاعيان او على الجماعة وهو الذى حكاه ابن المغلس عن داود ومن فهم منه الدعاء إلى الاجتماع للصلاة قال انه سنة المساجد أوفرض فى المواضع التى يجتمع اليها الجماعة فسبب الخلاف هو تردده بين ان يكون قولا من اقاويل الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع

﴿القسم الثالث من الفصل الاول﴾ واما وقت الاذان فاتفق الجميع على انه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ماعدى الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعى إلى أنه يجوز ان يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك أبو حنيفة وقال قوم لابد للصبح اذا اذن لها قبل الفجر من اذان بعد الفجر لان الواجب عندهم هو الاذان بعد الفجر وقال أبو محمد بن حزم لابد لها من اذان بعد الوقت وان اذن قبل الوقت جاز إذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يهبط الاول ويصعد الثانى * والسبب فى اختلافهم انه ورد في ذلك حديثان متعارضان احدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه السلام ان بلالا ينادى بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن ام مكتوم وكان ابن ام مكتوم رجلا اعمي لا ينادى حتى يقال له اصبحت اصبحت والثانى ماروى عن ابن عمر ان بلالا اذن قبل طلوع الفجر فامره النبى صلى الله عليه وسلم ان يرجع فينادى الا ان العبد قد نام وحديث الحجازيين أثبت وحديث الكوفيين أيضاً خرجه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم فذهب الناس فى هذين الحديثين اما مذهب الجمع واما مذهب الترجيح فاما من ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون فانهم قالوا حديث بلال اثبت والمصير اليه أوجب وأما من ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك انهم قالوا يحتمل ان يكون نداء بلال في وقت يشك فيه فى طلوع الفجر لانه كان فى بصره ضعف ويكون نداء ابن ام مكتوم في وقت يتيقن فيه طلوع الفجر ويدل على ذلك ماروى عن عائشة انها قالت لم يكن بين اذانهما الا بقدر مايهبط هذا ويصعد هذا وأما من قال انه يجمع بينهما أعنى أن يؤذن قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ماروى من ذلك فى صلاة الصبح خاصة أعنى انه كان يؤذن لها فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن ام مكتوم

﴿القسم الرابع من الفصل الاول﴾ في الشروط وفى هذا القسم مسائل ثمانيه

احداهما

احداها هل من شروط من اذن ان يكون هو الذى يقيم أم لا والثانية هل من شرط الاذان أن لا يتكلم في اثنائه أم لا والثالثة هل من شرطه ان يكون على طهارة أم لا والرابعة هل من شرطه أن يكون متوجهاً إلى القبلة أم لا الخامسة هل من شرطه أن يكون قائماً أم لا والسادسة هل يكره اذان الراكب أم ليس يكره السابعة هل من شروطه البلوغ أم لا والثامنة هل من شرطه الايأخذ على الاذان أجراً أم يجوز له ان يأخذه فاما اختلافهم فى الرجلين يؤذن أحدهما ويقيم الاخر فاكثر فقهاء الامصار على اجازة ذلك وذهب بعضهم إلى أن ذلك لايجوز * والسبب فى ذلك أنه ورد فى هذا حديثان متعارضان أحدهما حديث الصدائي قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان اوان الصبح أمرنى فاذنت ثم قام إلى الصلاة فجاء بلال ليقيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اخاصدا اذن ومن اذن فهو يقيم والحديث الثاني ماروى ان عبد الله بن زيد حين ارى الاذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فاذن ثم أمر عبد الله فاقام فمن ذهب مذهب النسخ قال حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدائى متأخر ومن ذهب مذهب الترجيح قال حديث عبد الله بن زيد أثبت لان حديث الصدائي انفرد به عبد الرحمان بن زياد الافريقى وليس بحجة عندهم وأما اختلافهم فى الاجرة على الاذان فلمكان اختلافهم فى تصحيح الخبر الوارد فى ذلك أعنى حديث عثمان بن أبى العاصى أنه قال ان من آخر ماعهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لاياخذ على اذانه اجراً ومن منعه قاس الاذان فى ذلك على الصلاة وأماسائر الشروط الاخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة فى الصلاة ومن لم يقسها لم يوجب ذلك قال أبو عمر بن عبد البر قد روينا عن أبى وائل بن حجر قال حق وسنة مسنونة الا يؤذن إلا وهو قائم ولا يؤذن إلا على طهر قال وأبو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل فى المسند وهو أولى من القياس قال القاضى وقد خرج الترمذى عن أبي هريرة أنه عليه السلام قال لايؤذن الامتوضئ ﴿القسم الخامس﴾ اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى أنه يقول مايقول المؤذن كلمة بكلمة الى آخر النداء وذهب آخرون الى أنه يقول مثل ما يقول المؤذن الا اذا قال حي على الصلاة حى على الفلاح فانه يقول لاحول ولاقوة الابالله *والسبب فى الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك أنه قد روى من حديث أبى سعيد الخدرى أنه عليه السلام قال اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية أن السامع يقول عند حي على الصلاة حى على الفلاح لاحول ولاقوة الابالله فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بعموم حديث أبي سعيد الخدرى ومن بنى العام فى ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن انس ﴿الفصل الثاني﴾ من الباب الثاني من الجملة الثانية في الاقامة واختلفوا في الاقامة في موضعين فى حكمها وفى صفتها اماحكمها فانها عند فقهاء الامصار في حق الاعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الاذان وهى عند أهل الظاهر فرض ولا ادرى هل هى فرض عندهم على الاطلاق أوفرض من فروض الصلاة والفرق بينهما ان على القول الاول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثاني تبطل وقال ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عامداً بطلت صلاته *وسبب هذا الاختلاف هل هى من الافعال التى وردت بيانا لمجمل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه السلام صلوا كما رأيتمونى اصلي أم هى من الافعال التى تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضاً إما فى الجماعة وإما على المنفرد وأما صفة الاقامة فانها عند مالك والشافعى أما التكبير الذى فى أولها فمثنى وأما مابعد ذلك فمرة واحدة الاقوله قد

قامت الصلاة فانها عند مالك مرة واحدة وعند الشافعي مرتين وأما الحنفية فان الاقامة عندهم مثنى مثنى وخير أحمد ابن حنبل بين الافراد والتثنية على رأيه في التخيير في النداء * وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس فى هذا المعنى وحديث أبى ليلى المتقدم وذلك أن في حديث أنس الثابت أمر بلال ان يشفع الاذان ويفرد الاقامة الا قد قامت الصلاة وفي حديث أبى ليلى أنه عليه السلام أمر بلالا فاذن مثنى واقام مثنى والجمهور أنه ليس على النساء اذان ولا اقامة وقال مالك ان اقمن فحسن وقال الشافعي ان اذن وأقمن حسن وقال اسحاق ان عليهن الاذان والاقامة وروى عن عائشة انها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر والخلاف آئل الى هل تؤم المراة اولا تؤم وقيل الاصل انها فى معنى الرجل في كل عبادة الا ان يقوم الدليل على تخصيصها ام في بعضها هى كذلك وفي بعضها يطلب الدليل

﴿الباب الثالث من الجملة الثانية فى القبلة﴾

واتفق المسلمون على ان التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام اما اذا ابصر البيت فالفرض عندهم هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف فى ذلك واما اذا غابت الكعبة عن الابصار فاختلفوا من ذلك في موضعين احدهما هل الفرض هو العين او الجهة والثانى هل فرضه الاصابة او الاجتهاد اعنى اصابة الجهة او العين عند من اوجب العين فذهب قوم الى ان الفرض هو العين وذهب آخرون الى انه الجهة * والسبب فى اختلافهم هل في قوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام محذوف حتى يكون تقديره ومن حيث خرجت فول وجهك جهة شطر المسجد الحرام ام ليس هاهنا محذوف اصلا وان الكلام على حقيقته فمن قدر هنالك محذوفا قال الفرض الجهة ومن لم يقدر هنالك محذوفا قال الفرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز وقد يقال ان الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه السلام ما بين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفاق المسلمين على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان الفرض ليس هو العين اعنى اذا لم تكن الكعبة مبصرة والذى اقول انه لو كان واجباً قصد العين لكان حرجا وقد قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فان اصابة العين شئ لا يدرك الا بتعريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبنى على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها

﴿واما المسئلة الثانية﴾

وهى هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة او الاجتهاد فقط حتي تكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى يتبين له انه اخطأ اعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له الخطا وقد كان صلى قبل باجتهاده اما الشافعى فزعم ان فرضه الاصابة وانه اذا تبين له انه اخطأ اعاد ابداً وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته ما لم يعتمد اوصلي بغير اجتهاد وبه قال مالك وابو حنيفة الا ان مالكا استحب له الاعادة فى الوقت * وسبب الخلاف في ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف ايضاً فى تصحيح الأثر الوارد في ذلك اما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعنى بوقت الصلاة وذلك انهم اجمعوا على ان الفرض فيه هو الاصابة وانه ان انكشف للمكلف انه صلى قبل الوقت اعاد ابداً الا خلافا شاذاً فى ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وماروى عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق انه قد مضت صلاته ووجه الشبه بينهما ان هذا ميقات وقت وهذا ميقات جهة واما الأثر فحديث عامر بن ربيعة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ليلة ظلماء فى سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجهه وعلمنا فلما اصبحنا فاذا نحن

قد صلينا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت ولله المشرق والمغرب فاينما تولوا فثم وجه الله وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة ويكون فيمن صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام فمن لم يصح عنده هذا الاثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب الاثر لم تبطل صلاته وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي جواز الصلاة فى داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فمنهم من منعه على الاطلاق ومنهم من اجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين النفل في ذلك والفرض *وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمي مستقبلا للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا اما الاثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت أحدهما حديث ابن عباس قال لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا في نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين فى قبل الكعبة وقال هذه القبلة والثاني حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو واسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فاغلقها عليه ومكث فيها قالت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جعل عموداً عن يساره وعموداً عن يمينه وثلاثة اعمدة وراءه ثم صلى فمن ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال اما بمنع الصلاة مطلقاً ان رجح حديث ابن عباس واما بايجابها مطلقاً ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النفل والجمع بينهما فيه عسر فان الركعتين اللتين صلاهما عليه السلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي نفل ومن ذهب مذهب سقوط الأثر عند التعارض فان كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يجز الصلاة داخل البيت أصلا وان كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجماع عاد النظر فى انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلي داخل الكعبة فمن جوزه اجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الاظهر لم يجز الصلاة فى البيت واتفق العلماء باجمعهم على استحباب السترة بين المصلى والقبلة اذا صلى منفرداً كان أو اماما وذلك لقوله عليه السلام اذا وضع أحدكم بين يديه مثل موخرة الرجل فليصل واختلفوا فى الخط اذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه ان يخط وقال أحمد بن حنبل يخط خطا بين يديه *وسبب اختلافهم فى تصحيح الاثر الوارد فى الخط والاثر رواه أبو هريرة انه عليه السلام قال اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً فان لم يكن فلينصب عصاً فان لم تكن معه عصاً فليخط خطاً ولا يضره من مر بين يديه خرجه أبو داود وكان احمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقد روى انه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت انه كان يخرج له العنزة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهي اربع مسائل

﴿الباب الرابع﴾

من الجملة الثانية وهذا الباب ينقسم الى فصلين احدهما فى ستر العورة والثاني فيما يجزي من اللباس في الصلاة

﴿الفصل الاول﴾

واتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة ام لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل والمراة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة وذهب ابو حنيفة والشافعي الى انها من فروض الصلاة *وسبب الخلاف فى ذلك تعارض الآثار واختلافهم فى مفهوم قوله تعالى يا بنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد هل الامر بذلك على الوجوب او على الندب فمن حمله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المراة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول (اليوم يبدو بعضه اوكله * وما بدا منه فلا احله) فنزلت

هذه الآية وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التي هي زينة واحتج لذلك بما جاء في الحديث من انه كان رجال يصلون مع النبي عليه السلام عاقدي ازرهم على اعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رؤوسكن حتى يستوى الرجال جلوساً قالوا ولذلك من لم يجد ما به يستر عورته لم يختلف فيه انه يصلى واختلف فيمن عدم الطهارة هل يصلى ام لا يصلى ﴿واما المسئلة الثانية﴾ وهو حد العورة من الرجال فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منهما بين السرة الى الركبة وكذلك قال ابو حنيفة وقال قوم العورة هما السوءتان فقط من الرجل *وسبب الخلاف في ذلك اثران متعارضان كلاهما ثابت احدهما حديث جرهد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الفخذ عورة والثاني حديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم حسر عن فخذه وهو جالس مع اصحابه قال البخاري وحديث انس اسند وحديث جرهد احوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ ﴿واما المسئلة الثالثة﴾ وهي حد العورة في المرأة فاكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ماخلا الوجه والكفين وذهب ابو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة وذهب ابو بكر بن عبد الرحمان واحمد الى ان المراة كلها عورة *وسبب الخلاف في ذلك احتمال قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها هل هذا المستثنى المقصود منه اعضاء محدودة ام انما المقصود به ما لا يملك ظهوره فمن ذهب الى ان المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها كله عورة حتى ظفرها واحتج لذلك بعموم قوله تعالى يا ايها النبيء قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بانه لا يستر وهو الوجه والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المراة ليس تستر وجهها في الحج

﴿الفصل الثاني﴾ من الباب الرابع فيما يجزى من اللباس في الصلاة واما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد والنهي الوارد عن هيئات بعض الملابس في الصلاة وذلك انهم اتفقوا فيما احسب على ان الهيئات من اللباس التي نهي عن الصلاة فيها مثل اشتمال الصماء وهو ان يحتبي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء وان يحتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة الا تنكشف عورته ولا اعلم ان احداً قال لا تجوز صلاة على احدى هذه الهيئات ان لم تنكشف عورته وقد كان على اصول اهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على انه يجزى الرجل من اللباس في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل ايصلي الرجل في الثوب الواحد فقال اولكلكم ثوبان واختلفوا في الرجل يصلي مكشوف الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته لنهيه صلى الله عليه وسلم ان يصلى الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء وتمسك بوجوب قوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد واتفق الجمهور على ان اللباس المجزى للمراة في الصلاة هو درع وخمار لما روى عن ام سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلى فيه المراة فقال في الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهور قدميها ولما روى ايضاً عن عائشة عن النبي عليه السلام انه قال لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار وهو مروى عن عائشة وميمونة وام سلمة انهم كانوا يفتون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة اعادت في الوقت وبعده الا مالكا فانه قال انها تعيد في الوقت فقط والجمهور على ان

الخادم

الخادم لها ان تصلي مكشوفة الراس والقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء * وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا ام الاحرار فقط دون العبيد واختلفوا في صلاة الرجال فى ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم لاتجوز وقوم استحبوا له الاعادة فى الوقت *وسبب اختلافهم فى ذلك هل الشئ المنهي عنه مطلقاً اجتنابه شرط في صحة الصلاة ام لا فمن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لاتجوز به ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوماً والصلاة جائزة قال ليس شرطاً فى صحة الصلاة كالطهارة التى هى شرط وهذه المسئلة هى من نوع الصلاة فى الدار المغصوبة والخلاف فيها مشهور

﴿الباب الخامس﴾

وأما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد ان يقول انها فرض فى الصلاة اى من شروط صحتها واما من قال انها فرض باطلاق فيجوز ان يقول انها فرض فى الصلاة ويجوز ان لا يقول ذلك وحكي عبد الوهاب عن المذهب فى ذلك قولين احدهما ان ازالة النجاسة شرط فى صحة الصلاة فى حال القدرة والذكر والقول الآخر انها ليست شرطاً والذى حكاه من انها شرط لا يخرج على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة سنة مؤكدة وانما يخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقد مضت هذه المسئلة فى كتاب الطهارة وعرف هنالك اسباب الخلاف فيها وانما الذى يتعلق به هاهنا الكلام من ذلك هل ما هو فرض مطلق مما يقع في الصلاة يجب ان يكون فرضاً فى الصلاة ام لا والحق ان الشئ المامور به علي الاطلاق لايجب ان يكون شرطاً في صحة شيء ما آخر مامور به وان وقع فيه الا بامر آخر وكذلك الامر فى الشئ المنهى عنه على الاطلاق لايجب ان يكون شرطاً فى صحة شئ ما الا بامر آخر

﴿الباب السادس﴾

واما المواضع التى يصلى فيها فان من الناس من اجاز الصلاة فى كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهى عنها ولم يبطلها وهو احد ما روى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم *وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب وذلك ان هاهنا حديثين متفق على صحتهما وحديثين مختلف فيهما فاما المتفق عليهما فقوله عليه السلام اعطيت خمساً لم يعطهن احد قبلى وذكر فيها وجعلت لى الارض مسجداً وطهوراً فاين ما ادركتني الصلاة صليت وقوله عليه السلام اجعلوا من صلاتكم فى بيوتكم ولا تتخذوها قبوراً واما الغير المتفق عليهما فاحدهما ماروى انه عليه السلام نهى ان يصلى فى سبعة مواطن في المزبلة والمجزرة وقارعة الطريق وفي الحمام وفى معاطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذى والثانى ما روى انه قال عليه السلام صلوا فى مرابض الغنم ولا تصلوا فى اعطان الابل فذهب الناس في هذه الاحاديث ثلاثة مذاهب احدها مذهب الترجيح والنسخ والثاني مذهب البناء اعني بناء الخاص على العام والثالث مذهب الجمع فامامن ذهب مذهب الترجيح والنسخ فاخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً وقال هذا ناسخ لغيره لان هذه هى فضائل له عليه السلام وذلك مما لا يجوز نسخها واما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الاباحة عام وحديث النهى خاص فيجب ان يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة قال هذا هو الثابت عنه عليه السلام لانه قد روى ايضاً النهى عنهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم وامامن ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصاً من عام فقال احاديث النهى محمولة على

الكراهية والاول على الجواز واختلفوا فى الصلاة فى البيع والكنايس فكرهها قوم واجازها قوم وفرق قوم بين ان يكون فيها صور اولايكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لاتدخل كنايسهم من اجل التماثيل والعلة فيمن كرهها لا من اجل التصاوير حملها على النجاسة . واتفقوا على الصلاة على الارض واختلفوا فى الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يقعد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود على الحصير وما يشبه مما ينبته الارض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن انس

الباب السابع

وأما التروك المشترطة فى الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها قولا ومنها فعلا فاما الافعال فجميع الافعال المباحة التى ليست من افعال الصلاة الا قتل العقرب والحية فى الصلاة فانهم اختلفوا فى ذلك لمعارضة الأثر فى ذلك للقياس واتفقوا فيما احسب على جواز الفعل الخفيف وأما الاقوال فهى ايضاً الاقوال التى ليست من اقاويل الصلاة وهذه ايضاً لم يختلفوا انها تفسد الصلاة عمداً لقوله تعالى وقوموا لله قانتين ولما ورد من قوله عليه السلام ان الله يحدث من امره مايشاء ومما احدث الا تكلموا في الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن ارقم انه قال كنا نتكلم في الصلاة حتى نزلت وقوموا لله قانتين فامرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وحديث معوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان صلاتنا لا يصلح فيها شئ من كلام الناس انما هو التسبيح والتهليل والتحميد وقراءة القرآن الا انهم اختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما اذا تكلم ساهياً والاخر اذا تكلم عامداً لاصلاح الصلاة وشذ الاوزاعي فقال من تكلم فى الصلاة لاحياء نفس اولامر كبير فانه يبني والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمداً على جهة الاصلاح لا يفسدها وقال الشافعى يفسدها التكلم كيف كان الامع النسيان وقال ابو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان *والسبب فى اختلافهم تعارض ظواهر الأثر في ذلك وذلك أن الاحاديث المتقدمة تقتضى تحريم الكلام على العموم وحديث ابى هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذواليدين اقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصدق ذواليدين فقالوا نعم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين اخريين ثم سلم ظاهره أن النبى صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فمن اخذ بهذا الظاهر ورآ أن هذا شئ يخص الكلام لاصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن انس ومن ذهب الى انه ليس فى الحديث دليل على انهم تكلموا عمداً فى الصلاة وانما يظهر منهم انهم تكلموا وهم يظنون ان الصلاة قد قصرت وتكلم النبى عليه السلام وهو يظن أن الصلاة قد تمت ولم يصح عنده أن الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ماقصرت الصلاة ومانسيت قال ان المفهوم من الحديث انما هو اجازة الكلام لغير العامل فاذا السبب في اختلاف مالك والشافعى فى المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم فى مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعى اعتمد ايضاً في ذلك اصلا عاما وهو قوله عليه السلام رفع عن امتى الخطأ والنسيان وأما ابو حنيفة فحمل احاديث النهى على عمومها ورآها ناسخة لحديث ذى اليدين وانه متقدم عليها

الباب الثامن

واما النية فاتفق العلماء على كونها شرطاً فى صحة الصلاة لكون الصلاة هى رأس العبادات التى وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة أعني من المصالح المحسوسة واختلفوا هل من شرط نية المأموم ان يوافق نية الامام في تعيين الصلاة وفى الوجوب حتى لايجوز ان يصلى المأموم ظهراً بامام يصلى عصراً ولايجوز ان يصلي الامام ظهراً يكون في حقه نفلا وفي حق المأموم فرضاً فذهب مالك وابو حنيفة الى انه يجب

ان يوافق نية المأموم نية الامام وذهب الشافعى الى انه ليس يجب * والسبب فى اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به لما جاء فى حديث معاذ من انه كان يصلى مع النبى عليه السلام ثم يصلى بقومه فمن رآ ذلك خاصاً لمعاذ وأن عموم قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الامام للمأموم ومن رآ أن الاباحة لمعاذ فى ذلك هى اباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الاصل قال لا يخلوا الامر فى ذلك الحديث الثانى من احد امرين إما ان يكون ذلك العموم الذى فيه لا يتناول النية لان ظاهره انما هو في الافعال فلا يكون بهذا الوجه معارضاً لحديث معاذ وإما ان يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم وفى النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها اذ كان غرضنا على القصد الاول انما هو الكلام فى المسائل التى تتعلق بالمنطوق به من الشرع

﴿الجملة الثالثة من كتاب الصلاة وهو معرفة ما تشتمل عليه من الاقوال والافعال وهى الاركان﴾

والصلوات المفروضة تختلف فى هذين بالزيادة والنقصان امامن قبل الانفراد والجماعة واما من قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الايام واما من قبل الحضر والسفر واما من قبل الامن والخوف واما من قبل الصحة والمرض فاذا اريد ان يكون القول فى هذه صناعياً وجاريا على نظام فيجب ان يقال اولا فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها ويقال فى واحدة واحدة منها وهو الاسهل وان كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما وهو الذى سلكه الفقهاء ونحن نتبعهم فى ذلك فنجعل هذه الجملة منقسمة الى ستة ابواب . الباب الاول فى صلاة المنفرد الحاضر الامن الصحيح . الباب الثاني فى صلاة الجماعة أعني في احكام الامام والمأموم في الصلاة . الباب الثالث في صلاة الجمعة . الباب الرابع في صلاة السفر . الباب الخامس فى صلاة الخوف . الباب السادس في صلاة المريض

﴿الباب الاول﴾ وهذا الباب فيه فصلان . الفصل الاول فى اقوال الصلاة . والفصل الثانى في افعال الصلاة

﴿الفصل الاول﴾ وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء فى التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا ان التكبير كله واجب فى الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم اوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور * وسبب اختلاف من اوجبه كله ومن اوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة ما نقل من قوله لما نقل من فعله عليه السلام فاما ما نقل من قوله فحديث ابى هريرة المشهور أن النبى عليه السلام قال للرجل الذى علمه الصلاة اذا اردت الصلاة فاسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ فمفهوم هذا هو أن التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ما عدى ذلك من التكبير فرضاً لذكره له كما ذكر سائر فروض الصلاة وأما ما نقل من فعله فمنها حديث ابي هريرة انه كان يصلى فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول اني لاشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلي الله عليه وسلم ومنها حديث مطرف بن عبد الله ابن الشخير قال صليت انا وعمران بن الحصين خلف علي بن ابى طالب رضي الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا اخذ عمران بيدى فقال اذكرنى هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالقائلون بايجابه تمسكوا بهذا العمل المنقول في هذه الاحاديث وقالوا الاصل ان تكون كل افعاله التى اتت بيانا لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم صلوا كما رأيتموني اصلى وخذوا عنى مناسككم وقالت الفرقة الاولي ما في هذه الاثار يدل على أن العمل عند الصحابة انما كان على اتمام التكبير ولذلك كان ابو هريرة يقول

اني لاشبهكم بصلاة رسول صلى الله عليه وسلم وقال عمران اذكرني هذا بصلاته صلاة محمد . وأما من جعل التكبير كله
نفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الاذكار التي في الصلاة مما ليست بواجب اذ قاس تكبيرة الاحرام على سائر التكبيرات
قال ابو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد
الرحمان بن أبزا عن ابيه قال صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير
وما رواه احمد بن حنبل عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يكبر اذا صلى وحده وكان هؤلاء رأوا أن التكبير انما هو لمكان
اشعار الامام للماموميين بقيامه وقعوده ويشبه ان يكون الى هذا ذهب من رآه كله نفلا

﴿المسئلة الثانية﴾ قال مالك لا يجزى من لفظ التكبير الا الله اكبر وقال الشافعي الله اكبر
والله الاكبر اللفظان كلاهما يجزى وقال ابو حنيفة يجزى من لفظ التكبير كل لفظ في معناه مثل الله الاعظم والله الاجل
*وسبب اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به في الافتتاح او المعنى وقد استدل المالكيون والشافعيون بقوله عليه السلام
مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم قالوا والالف واللام هاهنا للحصر والحصر يدل على أن
الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لا يجوز بغيره وليس يوافقهم ابو حنيفة على هذا الاصل فان هذا المفهوم هو عنده من
من باب دليل الخطاب وهو ان يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به ودليل الخطاب عند ابي حنيفة غير معمول به

﴿المسئلة الثالثة﴾ ذهب قوم الى أن التوجيه في الصلاة واجب وهو ان يقول بعد التكبير
اما وجهت وجهى للذى فطر السماوات والارض وهو مذهب الشافعي واما ان يسبح وهو مذهب ابي حنيفة واما ان يجمع
بينهما وهو مذهب ابي يوسف صاحبه وقال مالك ليس التوجيه بواجب في الصلاة ولا بسنة *وسبب الاختلاف معارضة
الاثار الواردة بالتوجيه للعمل عند مالك او الاختلاف في صحة الاثار الواردة بذلك قال القاضى قد ثبت في الصحيحين
عن ابي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة اسكاتة قال فقلت يارسول الله بابى انت
وامى اسكاتك بين التكبير والقراءة ما تقول قال اقول اللهم باعد بيني وبين خطاياى كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقنى من
الخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس اللهم اغسل خطاياي بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى سكتات كثيرة
في الصلاة منها حين يكبر وحين يفرغ من قراءة ام القرآن واذا فرغ من القراءة قبل الركوع وممن قال بهذا القول الشافعي وابو ثور
والاوزاعي وأنكر ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه *وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث ابى
هريرة انه قال كانت له عليه السلام سكتات في صلاته حين يكبر ويفتتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذا فرغ من القراءة
قبل الركوع

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمان الرحيم في افتتاح القراءة
في الصلاة فمنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهراً كانت او سراً لا في استفتاح ام القرآن ولا في غيرها من السور واجاز ذلك
في النافلة وقال ابو حنيفة والثورى واحمد يقرؤها مع ام القرآن في كل ركعة سراً وقال الشافعي يقرؤها ولا بد في
الجهر جهراً وفي السر سراً وهي عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال احمد وابو ثور وابو عبيد واختلف قول الشافعي
هل هي آية من كل سورة ام انما هي آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعاً *وسبب
الخلاف في هذا آئل الى شيئين. أحدهما اختلاف الاثار في هذا الباب. والثاني اختلافهم هل بسم الله الرحمان الرحيم
آية من فاتحة الكتاب ام لا فاما الاثار التي احتج بها من اسقط ذلك فمنها حديث ابن مغفل قال سمعني ابى وانا اقرأ بسم
الله الرحمان الرحيم فقال يابني اياك والحدث فانى صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر فلم اسمع

رجلا منهم يقوله قال ابو عمر بن عبد البر بن مغفل رجل مجهول ومنها ما رواه مالك من حديث انس انه قال قمت وراء ابي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فكلهم كان لا يقرأ بسم الله اذا افتتحوا الصلاة قال ابو عمر وفى بعض الروايات انه قام خلف النبي عليه السلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمان الرحيم قال ابو عمر الا أن اهل الحديث قالوا فى حديث انس هذا ان النقل فيه مضطرب اضطرابا لا يقوم به حجة وذلك ان مرة روى عنه مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ومنهم من يذكر عثمان ومنهم من لا يذكره ومنهم من يقول فكانوا يقرءون بسم الله الرحمان الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرءون بسم الله الرحمان الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمان الرحيم فلما الاحاديث المعارضة لهذا فمنها حديث نعيم بن عبد الله المجمر قال صليت خلف ابى هريرة فقرأ بسم الله الرحمان الرحيم قبل ام القرآن وقبل السورة وكبر فى الخفض والرفع وقال انا اشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها حديث ابن عباس أن النبي عليه السلام كان يجهر ببسم الله الرحمان الرحيم ومنها حديث ام سلمة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ ببسم الله الرحمان الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلاف هذه الآثار احدهما اوجب اختلافهم فى قراءة بسم الله الرحمان الرحيم فى الصلاة والسبب الثانى كما قلنا هو هل بسم الله الرحمان آية من ام الكتاب وحدها او من كل سورة ام ليست آية لا من ام الكتاب ولا من كل سورة فمن رآ انها آية من ام الكتاب اوجب قراءتها بوجوب قراءة ام الكتاب عنده فى الصلاة ومن رآ انها آية من اول كل سورة وجب عنده ان يقرأها مع السورة وهذه المسئلة قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من اعجب ما وقع فى هذه المسئلة انهم يقولون ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمان الرحمان آية من القرآن فى غير سورة النمل أم انما هى آية من القرآن فى سورة النمل فقط ويحكون على جهة الرد على الشافعي انها لو كانت من القرآن فى غير سورة النمل لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم لان القرآن نقل تواتراً هذا الذى قاله القاضى في الرد على الشافعى وظن انه قاطع وأما ابو حامد فانتصر لهذا بان قال انه ايضاً لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبين ذلك وهذا كله تخبط وشئ غير مفهوم فانه كيف يجوز فى الآية الواحدة بعينها ان يقال فيها انها من القرآن فى موضع وأنها ليست من القرآن فى موضع آخر بل يقول ان بسم الله الرحمان الرحيم قد ثبت انها من القرآن حيث ما ذكرت وأنها آية من سورة النمل وهل هى آية من سورة ام القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها في سائر السور فاتحة وهى جزء من سورة النمل فتأمل هذا فانه بين والله اعلم

المسئلة الخامسة

اتفق العلماء على انه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمداً ولا سهواً الا شئ روى عن عمر رضى الله عنه انه صلى فنسى القراءة فقيل له فى ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود فقيل حسن فقال لا باس اذاً وهو حديث غريب عندهم ادخله مالك في موطاه في بعض الروايات والا شئ روى عن ابن عباس انه لا يقرأ فى صلاة السر وانه قال قرأ رسول الله صلي الله عليه وسلم فى صلوات وسكت فنقرأ فيما قرأ ونسكت فيما سكت وسئل هل في الظهر والعصر قراءة فقال لا واخذ الجمهور بحديث خباب انه صلي الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر والعصر قيل فبأى شئ كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس فى ترك وجوب القراءة في الركعتين الاخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسر فى سكوت النبى صلى الله عليه وسلم فى هاتين الركعتين * واختلفوا فى القراءة الواجبة فى الصلاة فرآ بعضهم أن الواجب من ذلك ام القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من اوجبها فى كل ركعة ومنهم من اوجبها في اكثر الصلاة

ومنهم من اوجبها فى نصف الصلاة ومنهم من اوجبها في ركعة من الصلاة وبالاول قال الشافعى وهى اشهر الروايات عن مالك وقد روى عنه انه ان قرأها فى ركعتين من الرباعية اجزأته وأما من رآ انها تجزى فى ركعة فمنهم الحسن البصري وكثير من فقهاء البصرة وأما ابو حنيفة فالواجب عنده انما هو قراءة القرآن أى آية اتفقت ان تقرأ وحد اصحابه فى ذلك ثلاث آيات قصار او آية طويلة مثل آية الدين وهذا في الركعتين الاولين وأما في الاخيرتين فيستحب عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها *والسبب في هذا الاختلاف تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للاثر اما الآثار المعارضة فى ذلك فاحدها حديث ابي هريرة الثابت أن رجلا دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبى عليه السلام فرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم وقال ارجع فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فامره بالرجوع فعل ذلك ثلاث مرات فقال والذى بعثك بالحق ما احسن غيره فقال عليه السلام اذا قمت الى الصلاة فاسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ماتيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تستوى قائماً ثم افعل ذلك في صلاتك كلها وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتان متفق عليهما أحدهما حديث عبادة بن الصامت انه عليه السلام قال لاصلاة لمن لم يقرأ فاتحة الكتاب وحديث ابى هريرة ايضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى صلاة لم يقرأ فيها بام القرآن فهى خداج فهى خداج ثلاثا وحديث ابى هريرة المتقدم ظاهره انه يجزى من القراءة في الصلاة ماتيسر من القرآن وحديث عبادة وحديث ابى هريرة الثانى يقتضى أن ام القرآن شرط فى الصلاة وظاهر قوله تعالى فاقرءوا ماتيسر منه يعضد حديث ابي هريرة المتقدم والعلماء المختلفون فى هذه المسئلة اما ان يكونوا ذهبوا فى تاويل هذه الاحاديث مذهب الجمع واما ان يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك انه من ذهب مذهب من اوجب قراءة ما تيسر من القرآن له ان يقول هذا ارجح لان ظاهر الكتاب يوافقه وله ان يقول على طريق الجمع انه يمكن ان يكون حديث عبادة المقصود به نفى الكمال لا نفى الاجزاء وحديث ابي هريرة المقصود منه الاعلام بالمجزى من القراءة اذ كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولاولئك ايضاً ان يذهبوا هذين المذهبين بان يقولوا هذه الاحاديث اوضح لانها اكثر وايضاً فان حديث ابى هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذى فيه يقول الله قسمت الصلاة بينى وبين عبدى نصفين فنصفها لى ونصفها لعبدى ولعبدى ما سأل يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدنى عبدى الحديث ولهم ان يقولوا ايضاً ان قوله عليه السلام ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والاحاديث الاخر معينة والمعين يقضى على المبهم وهذا فيه عسر فان معنى حرف ما هاهنا انما هو معنى اي شئ تيسر وانما يسوغ هذا ان دلت ما فى كلام العرب على مايدل عليه لام العهد فكان يكون تقدير الكلام اقرأ الذى تيسر معك من القرآن ويكون المفهوم منه ام الكتاب اذ كانت الالف واللام في الذي تدل على العهد فينبغى ان يتأمل هذا في كلام العرب فان وجدت العرب تفعل هذا أعنى تجوز فى موطن ما فتدل ما على شئ معين فيسوغ هذا التاويل والا فلا وجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ وأما اختلاف من اوجب ام الكتاب فى الصلاة فى كل ركعة اوفي بعض الصلاة فسببه احتمال عودة الضمير الذى فى قوله عليه السلام لم يقرأ فيها بام القرآن على كل اجزاء الصلاة او على بعضها وذلك ان من قرأ فى الكل منها اوفى الجزء أعنى فى ركعة او ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه السلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال

بعينه

بعينه هو الذى اصار اباحنيفة الى ان يترك القراءة ايضاً في بعض الصلاة أعني في الركعتين الاخرتين واختار مالك ان يقرأ في الركعتين الاولين من الرباعية بالحمد وسورة وفي الاخرتين بالحمد فقط واختار الشافعي ان يقرأ في الاربع من الظهر بالحمد وسورة الا أن السورة التي يقرأ في الاولين تكون اطول فذهب مالك الى حديث ابى قتادة الثابت انه عليه السلام كان يقرأ فى الاولين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الاخرتين منها بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعى الى ظاهر حديث ابي سعيد الثابت ايضاً انه كان يقرأ فى الركعتين الاولين من الظهر قدر ثلاثين آية وفى الاخريين قدر خمس عشرة آية ولم يختلفوا فى العصر لاتفاق الحديثين فيها وذلك ان فى حديث ابى سعيد هذا الذى كان يقرأ فى الاولين من العصر قدر خمس عشرة آية وفى الاخريين قدر النصف من ذلك

﴿المسئلة السادسة﴾ اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن فى الركوع والسجود لحديث على فى ذلك قال نهاني جبريل صلى الله عليه ان اقرأ القرآن راكعاً وساجداً قال الطبرى وهو حديث صحيح وبه اخذ فقهاء الامصار وصار قوم من التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخارى لانه لم يصح الحديث عنده والله اعلم واختلفوا هل فى الركوع او السجود قول محدود يقوله المصلى فقال مالك ليس فى ذلك قول محدود وذهب الشافعى وابو حنيفة واحمد وجماعة غيرهم الى ان المصلى يقول فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثا وفى السجود سبحان ربى الاعلى ثلاثا على ما جاء فى حديث عقبة بن عامر وقال الثورى وأحب الى أن يقولها الامام خمساً فى صلاته حتى يدرك الذى خلفه ثلاث تسبيحات *والسبب فى هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس فى هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك ان فى حديث ابن عباس انه عليه السلام قال الا واني نهيت أن اقرأ القرآن راكعاً اوساجداً فاما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء فقمن ان يستجاب لكم وفى حديث عقبة بن عامر انه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجعلوها في ركوعكم ولما نزلت سبح اسم ربك الاعلى قال اجعلوها فى سجودكم وكذلك اختلفوا فى الدعاء فى الركوع بعد اتفاقهم على جواز الثناء على الله فكره ذلك مالك لحديث على انه قال عليه السلام أما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه فى الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء فى الركوع واحتجوا باحاديث جاء فيها انه عليه السلام دعا فى الركوع وهو مذهب البخاري واحتج بحديث عائشة قالت كان النبى عليه السلام يقول فى ركوعه وسجوده سبحانك اللهم ربنا وبحمدك اللهم اغفرلى وأبو حنيفة لايجيز الدعاء فى الصلاة بغير الفاظ القرآن ومالك والشافعى يجيزان ذلك والسبب فى ذلك هل هو كلام ام لا

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلفوا فى وجوب التشهد وفى المختار منه فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى أن التشهد ليس بواجب وذهبت طائفة الى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد وداود *وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الاثر وذلك أن القياس يقتضى الحاقه بسائر الاركان التى ليست بواجبة فى الصلاة لاتفاقهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلم السورة من القرآن يقتضى وجوبه مع أن الاصل عند هؤلاء ان افعاله واقواله فى الصلاة يجب ان تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والاصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو أن ما ثبت وجوبه في الصلاة مما اتفق عليه اوصرح بوجوبه فلا يجب ان يلحق به الا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى اصلان متعارضان وأما المختار من التشهد فان مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضى الله عنه الذى كان يعلم الناس

على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله السلام عليك ايها النبئ ورحمت الله تعالي وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لااله الاالله وحده لاشريك له وأشهد ان محمداً عبدالله ورسوله واختار اهل الكوفة ابو حنيفة وغيره تشهد عبدالله بن مسعود قال ابو عمر وبه قال احمد واكثر اهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلي الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبئ ورحمت الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لااله الاالله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله واختار الشافعى واصحابه تشهد عبدالله ابن عباس الذي رواه عن النبى صلي الله عليه وسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبئ ورحمت الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لااله الاالله وأن محمداً رسول الله *وسبب اختلافهم اختلاف ظنونهم فى الارجح منها فمن غاب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الاحاديث الثلاثة مال اليه وقد ذهب كثير من الفقهاء الى ان هذا كله على التخيير كالاذان والتكبير على الجنائز وفى العيدين وفي غير ذلك مما تواتر نقله وهو الصواب والله اعلم وقد اشترط الشافعى الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وقال انها فرض لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما ذهب الى ان هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور الى انه التسليم الذى يوتى به عقب الصلاة عليه وذهب قوم من اهل الظاهر الى انه واجب ان يتعوذ المتشهد من الاربع التي جاءت فى الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة المحيا والممات لانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها فى آخر تشهده وفى بعض طرقه اذا فرغ احدكم من التشهد الاخير فليتعوذ من اربع الحديث خرجه مسلم ﴿المسئلة الثامنة﴾ اختلفوا فى التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال ابو حنيفة واصحابه ليس بواجب والذين اوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتان فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث على وهو قوله عليه السلام فيه وتحليلها التسليم ومن ذهب الى أن الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت من انه عليه السلام كان يسلم تسليمتين وذلك عند من حمل فعله على الوجوب واختار مالك للمأموم تسليمتين وللامام واحدة وقد قيل عنه ان المأموم يسلم ثلاثا الواحدة للتحليل والثانية للامام والثالثة لمن هو عن يمينه وأما ابو حنيفة فذهب الى ما رواه عبدالرحمان بن زياد الافريقي أن عبد الرحمان بن رافع وبكر بن سوادة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جلس الرجل فى آخر صلاته فاحدث قبل ان يسلم فقد تمت صلاته قال ابو عمر بن عبد البر ، حديث على المتقدم اثبت عند اهل النقل لان حديث عبدالله بن عمر بن العاصى انفرد به الافريقي وهو عند اهل النقل ضعيف قال القاضى ان كان اثبت من طريق النقل فانه محتمل من طريق اللفظ وذلك انه ليس يدل على ان الخروج من الصلاة لا يكون بغير التسليم الا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الاكثر ولكن للجمهور ان يقولوا ان الالف واللام التى للحصر اقوي من دليل الخطاب في كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به

﴿المسئلة التاسعة﴾ اختلفوا فى القنوت فذهب مالك الى أن القنوت فى صلاة الصبح مستحب وذهب الشافعى الى انه سنة وذهب ابو حنيفة الى انه لايجوز القنوت فى صلاة الصبح وان القنوت انما موضعه الوتر وقال قوم بل يقنت فى كل صلاة وقال قوم لاقنوت الافى رمضان وقال قوم بل فى النصف

الاخير

الاخير منه وقال قوم بل فى النصف الاول * والسبب في ذلك اختلاف الآثار المنقولة فى ذلك عن النبي صلى
الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات فى ذلك على بعض أعنى التى قنت فيها على التى لم يقنت فيها قال أبو عمر
ابن عبد البر والقنوت بلعن الكفرة فى رمضان مستفيض في الصدر الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه
وسلم فى دعائه على رعل وذكوان والنفر الذين قتلوا أصحاب بير معونة وقال الليث بن سعد ماقنت منذ اربعين عاما أو
خمسة وأربعين عاما الاوراء امام يقنت قال الليث واخذت فى ذلك بالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قنت
شهرا أو اربعين يدعوا لقوم ويدعوا على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتباً ليس لك من الامر شئ أو
يتوب عليهم أو يعذبهم فانهم ظالمون فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها حتى لقى الله قال
فمنذ حملت هذا الحديث لم اقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى قال القاضى ولقد حدثنى الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده
عندنا بقرطبة وانه استمر الي زماننا أو قريب من زماننا وخرج مسلم عن أبى هريرة أن النبى عليه السلام قنت فى
صلاة الصبح ثم بلغنا انه ترك ذلك لما نزلت ليس لك من الامر شئ أو يتوب وخرج عن أبى هريرة انه قنت فى الظهر
والعشاء الاخيرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه السلام أنه قنت شهراً في صلاة الصبح يدعوا على بنى عصية واختلفوا
فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونومن بك ونخنع لك ونخلع ونترك من
يكفرك اللهم إياك نعبد ولك نصلى ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجوا رحمتك ونخاف عذابك إن عذابك
بالكافرين ملحق ويسميها أهل العراق السورتين ويروى أنها في مصحف أبى بن كعب وقال الشافعى واسحاق
بل يقنت باللهم اهدنا فيمن هديت وعافنا فيمن عافيت وقنا شر ماقضيت انك تقضى ولا يقضى عليك تباركت ربنا
وتعاليت وهذا يرويه الحسن بن على من طرق ثابتة ان النبى عليه السلام علمه هذا الدعاء يقنت به في الصلاة وقال عبد
الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلى خلفه وقال قوم ليس فى القنوت شئ موقوت

﴿الفصل الثاني﴾ فى الافعال التى هى اركان وفى هذا الفصل من قواعد المسائل ثمانى مسائل

﴿المسئلة الاولي﴾ اختلف العلماء فى رفع اليدين فى الصلاة في ثلاثة مواضع أحدها فى حكمه والثاني
فى المواضع التى يرفع فيها من الصلاة والثالث الى أين ينتهى برفعها فاما الحكم فذهب الجمهور إلى انه سنة فى الصلاة
وذهب داود وجماعة من أصحابه إلى ان ذلك فرض وهؤلاء انقسموا اقساما فمنهم من أوجب ذلك فى تكبيرة الاحرام
فقط ومنهم من أوجب ذلك فى الاستفتاح وعند الركوع أعنى عند الانحطاط فيه وعند الارتفاع منه ومنهم من أوجب
ذلك في هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم فى المواضع التى يرفع فيها* وسبب اختلافهم معارضة
ظاهر حديث أبى هريرة الذى فيه تعليم فرائض الصلاة بفعله عليه السلام وذلك ان حديث أبى هريرة انما فيه
انه قال له وكبر ولم يامره برفع يديه وثبت عنه عليه السلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح
الصلاة وأما اختلافهم فى المواضع التى ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثورى وسائر فقهائهم إلى أنه
لا يرفع المصلى يديه إلا عند تكبيرة الاحرام فقط وهى رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعى وأحمد وأبو
عبيد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وأهل الظاهر إلى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع
من الركوع وهو مروى عن مالك الا انه عند اولئك فرض وعند مالك سنة وذهب بعض أهل الحديث الى رفعهما
عند السجود وعند الرفع منه* والسبب فى هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة فى ذلك ومخالفة العمل بالمدينة

لبعضها وذلك ان في ذلك احاديث أحدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب انه كان عليه السلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها والحديث الثاني حديث ابن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضاً كذلك وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وكان لا يفعل ذلك فى السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا انه روى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من أصحابه والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما فى حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فمن حمل الرفع هاهنا على أنه ندب أو فريضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحاً لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع فى الموضعين أعني فى الركوع وفى الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء ان الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان من رأيه حمله على الندب حمل ذلك على الندب ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال انه يجب ان تجمع هذه الزيادة بعضها الى بعض على ما في حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا فى هذه الاثار مذهبين اما مذهب الترجيح واما مذهب الجمع *والسبب فى اختلافهم فى حمل رفع اليدين فى الصلاة هل هو على الندب أو على الفرض هو السبب الذى قلناه قبل من ان بعض الناس يرى ان الاصل فى أفعاله صلى الله عليه وسلم أن تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى ان الاصل الايزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو اجماع انه من فرائض الصلاة الا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشئ الواحد مرات كثيرة وأما الحد الذى يرفع اليه اليدان فذهب بعضهم الى أنه المنكبان وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الاذنين وبه قال أبو حنيفة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الصدر وكل ذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الا ان أثبت ما فى ذلك انه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الاذنين أثبت من الرفع الى الصدر وأشهر ﴿المسئلة الثانية﴾ ذهب أبو حنيفة الى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضى ان يكون سنة أو واجباً اذ لم ينقل عنه نص فى ذلك *والسبب فى اختلافهم هل الواجب الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشئ الذي ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال فى الركوع ومن كان الواجب عنده الاخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فى الحديث المتقدم للرجل الذي علمه فروض الصلاة اركع حتى تطمئن راكعاً وارفع حتى تطمئن رافعاً فالواجب اعتقاد كونه فرضاً وعلى هذا الحديث عول كل من رأى ان الاصل الا تحمل افعاله عليه السلام فى سائر افعال الصلاة مما لم ينص عليها فى هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم يروا رفع اليدين فرضاً ولا ما عدا تكبيرة الاحرام والقراءة من الاقاويل التى فى الصلاة فتأمل هذا فانه أصل مناقض للاصل الاول وهو سبب الخلاف فى أكثر هذه المسائل

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف الفقهاء فى هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يفضى باليته الى الارض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى وجلوس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والاخيرة فقال في الوسطى مثل قول أبي حنيفة وفى الاخيرة

بمثل قول مالك *وسبب اختلافهم في ذلك تعارض الآثار وذلك ان فى ذلك ثلاثة آثار أحدها وهو ثابت باتفاق
حديث أبي حميد الساعدى الوارد فى وصف صلاته عليه السلام وفيه واذا جلس في الركعتين جلس على رجله
اليسري ونصب اليمنى واذا جلس فى الركعة الاخيرة قدم رجله اليسرى ونصب الاخرى وقعد علي مقعدته والثانى
حديث وائل ابن حجر وفيه أنه كان اذا قعد فى الصلاة نصب اليمنى وقعد اليسري والثالث ما رواه مالك عن عبدالله
بن عمر انه قال انما سنة الصلاة ان تنصب رجلك اليمني وتثني اليسرى وهو يدخل فى المسند لقوله فيه انما سنة الصلاة
وفى روايته عن القاسم بن محمد انه اراهم فى الجلوس التشهد فنصب رجله اليمنى وثنى اليسرى وجلس على وركه الايسر
ولم يجلس على قدمه ثم قال ان أبى عبدالله بن عمر وحدثنى ان أباه كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا
الحديث وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيح لحديث وائل وذهب الشافعى مذهب الجمع على حديث أبي حميد وذهب
الطبرى مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو قول حسن فان الافعال المختلفة أولى ان تحمل على التخيير منها على التعارض وانما يتصور التعارض أكثر
ذلك فى الفعل مع القول أو فى القول من القول

المسئلة الرابعة

اختلف العلماء فى الجلسة الوسطى
والاخيرة فذهب الاكثر فى الوسطى الى أنها سنة وليست بفرض وشذ قوم فقالوا انها فرض وكذلك ذهب الجمهور
فى الجلسة الاخيرة الى أنها فرض وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض *والسبب فى اختلافهم هو تعارض مفهوم الاحاديث
وقياس احدى الجلستين على الثانية وذلك ان فى حديث أبى هريرة المتقدم اجلس حتى تطمئن جالساً فوجب الجلوس
على ظاهر هذا الحديث فى الصلاة كلها فمن أخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء فى حديث ابن بحينة
الثابت أنه عليه السلام اسقط الجلسة الوسطي ولم يجبرها وسجد لها وثبت عنه أنه أسقط ركعتين فجبرهما وكذلك
ركعة فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضاً باجماع فوجب
الا تكون الجلسة الوسطى فرضاً وهذا هو الذي اوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا ان سجود السهو
انما يكون للسنن دون الفروض ومن رآ انها فرض قال السجود للجلسة الوسطي شئ يخصها دون سائر الفرائض
وليس فى ذلك دليل على انها ليست بفرض وامامن ذهب الى انهما كلاهما سنة فقاس الجلسة الاخيرة على الوسطى
بعد ان اعتقد فى الوسطى بالدليل الذى اعتقده الجمهور وانها سنة فاذا السبب فى اختلافهم هو فى الحقيقة آئل الى
معارضة الاستدلال لظاهر القول او ظاهر الفعل فان من الناس ايضاً من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة
ان افعاله عليه السلام عنده الاصل فيها ان تكون فى الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما
تقدم فاذن الاصلان جميعاً يقتضيان مماهنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه اكثر الجمهور من غير ان يكون له
معارض الا القياس واعنى بالاصلين القول والعمل ولذلك اضعف الاقاويل من رآ ان الجلستين سنة والله اعلم
وثبت عنه عليه السلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير باصبعه
واتفق العلماء على ان هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة فى الصلاة واختلفوا فى تحريك الاصابع لاختلاف
الاثر فى ذلك والثابت انه كان يشير فقط

المسئلة الخامسة

اختلف العلماء فى وضع اليدين
احداها على الاخرى فى الصلاة فكره ذلك مالك فى الفرض واجازه فى النفل ورآ قوم ان هذا الفعل من سنن الصلاة وهم
الجمهور * والسبب فى اختلافهم انه قد جاءت آثار ثابتة نقلت فيها آثار صفة صلاته عليه السلام ولم ينقل فيها انه كان

يضع يده اليمنى على اليسري وثبت ايضاً ان الناس كانوا يومرون بذلك وورد ذلك ايضاً من صفة صلاته عليه السلام في حديث ابي حميد فرآ قوم ان الآثار التي اثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التي لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب ان يصار اليها ورآ قوم ان الاوجب المصير الى الآثار التي ليس فيها هذه الزيادة لانها اكثر وتكون هذه ليست مناسبة لافعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة ولذلك اجازها مالك في النفل ولم يجزها في الفرض وقد يظهر من امرها انها هيئة تقتضي الخضوع وهو الاولى بها ﴿المسئلة السادسة﴾ اختار قوم اذا كان الرجل في وتر في صلاته الا ينهض حتى يستوي قاعداً واختار آخرون ان ينهض من سجوده نفسه وبالاول قال الشافعي وجماعة وبالثاني قال مالك وجماعة *وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين مختلفين احدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت انه رآ رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فاذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعداً وفي حديث ابي حميد في صفة صلاته عليه السلام انه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى قام ولم يتورك فاخذ بالحديث الاول الشافعي واخذ بالثاني مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه او ركبتيه قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين *وسبب ذلك ان في حديث ابن حجر قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه وعن ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال اذا سجد احدكم فلا يبرك كما يبرك البعير وليضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض اهل الحديث حديث وائل بن حجر اثبت من حديث ابي هريرة ﴿المسئلة السابعة﴾ اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة اعضاء الوجه واليدين والركبتين واطراف القدمين لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعة اعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من تلك الاعضاء هل تبطل صلاته ام لا فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الاعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وانفه فقد سجد على وجهه *واختلفوا فيمن سجد على احدهما فقال مالك ان سجد على جبهته دون انفه جاز وان سجد على انفه دون جبهته لم يجز وقال ابو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز الا ان يسجد عليهما جميعاً *وسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم ام كله وذلك ان في حديث النبي عليه السلام الثابت عن ابن عباس امرت ان اسجد على سبعة اعضاء فذكر منها الوجه فمن رآ ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة او الانف اجزا ومن رآ ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الانف اجاز السجود على الجبهة دون الانف وهذا كانه تحديد للبعض الذي امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين ابعاض الشئ فرآ ان بعضها يقوم في امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فانه اصل في هذا الباب والاجاز لقائل ان يقول انه ان مس من انفه الارض مثقال خردلة تم سجوده واما من رآ ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده ان يسجد على الجبهة والانف والشافعي يقول ان هذا الاحتمال الذي من قبل اللفظ قد ازاله فعله عليه السلام وبينه فانه كان يسجد على الانف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وانفه اثر الطين والماء فوجب ان يكون فعله مفسراً للحديث المجمل قال ابو عمر بن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكروا فيه الانف والجبهة قال القاضي ابو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط وكلا الروايتين في كتاب مسلم وذلك حجة

لمالك

لمالك واختلفوا ايضاً هل من شرط السجود ان تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذى يوضع عليه الوجه ام ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذاك من شرط السجود احسبه شرط تمامه وقالت جماعة ليس ذاك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم فى السجود على طاقات العمامة للناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالجواز وقول بالفرق بين ان يسجد على طاقات يسيرة من العمامة وكثيرة وقول بالفرق بين ان يمس من جبهته الارض شيء او لا يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود فى المذهب وعند فقهاء الامصار وفى البخارى كانوا يسجدون على القلانس والعمائم واحتج من لم ير ابراز اليدين فى السجود بقول ابن عباس امر النبى صلى الله عليه وسلم ان نسجد على سبعة اعضاء ولا نكفت ثوبا ولا شعراً وقياساً على الركبتين وعلى الصلاة في الخفين ويمكن ان يحتج بهذا العموم في السجود على العمامة ﴿المسئلة الثامنة﴾ اتفق العلماء على كراهية الاقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهى ان يقعي الرجل فى صلاته كما يقعى الكلب الا انهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رآ ان الاقعاء المنهي عنه هو جلوس الرجل على اليته فى الصلاة ناصباً فخذيه مثل اقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة وقوم راوا ان معنى الاقعاء الذى نهى عنه هو ان يجعل اليته على عقبيه بين السجدتين وان يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابي عمر انه ذكر انه انما كان يفعل ذلك لانه كان يشتكي قدميه واما ابن عباس فكان يقول الاقعاء على القدمين فى السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرجه مسلم *وسبب اختلافهم هو تردد اسم الاقعاء المنهي عنه فى الصلاة بين ان يدل على المعنى اللغوي اويدل على معنى شرعى اعنى على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رآ انه يدل على المعنى اللغوى قال هو اقعاء الكلب ومن رآ انه يدل على معنى شرعى قال انما اريد بذلك احد هيئات الصلاة المنهية عنها ولما ثبت عن ابن عمر ان قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق الى اعتقاده ان هذه الهيئة هي التي اريد بالاقعاء المنهي عنه وهذا ضعيف فان الاسماء التى لم تثبت لها معان شرعية يجب ان تحمل على المعنى اللغوى حتى يثبت لها معنى شرعي بخلاف الامر فى الاسماء التى تثبت لها معان شرعية أعنى أنه يجب ان يحمل على المعانى الشرعية حتى يدل الدليل على المعني اللغوى مع انه قد عارض حديث ابن عمر فى ذلك حديث ابن عباس

﴿الباب الثانى من الجملة الثالثة﴾ وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة احدها معرفة حكم صلاة الجماعة والثاني فى معرفة شروط الامامة ومن اولى بالتقديم واحكام الامام الخاصة بها الثالث فى مقام المأموم من الامام والاحكام الخاصة بالمامومين الرابع فى معرفة مايتبع فيه المأموم الامام مما ليس يتبعه الخامس فى صفة الاتباع السادس فيما يحمله الامام على المامومين السابع فى الاشياء التى اذا فسدت لها صلاة الامام يعدى الفساد الى المامومين ﴿والفصل الاول﴾ وفى هذا الفصل مسئلتين احداهما هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء ام ليست فواجبة ﴿المسئلة الثانية﴾ اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه ان يصلى مع الجماعة الصلاة التى قد صلاها ام لا ﴿اما المسئلة الاولى﴾ فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية فذهبت الظاهرية الى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف *والسبب فى اختلافهم تعارض مفهومات الاثار فى ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه السلام صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة أو بسبع وعشرين درجة يعطى ان الصلاة فى الجماعة من جنس المندوب اليه وكانها كمال زائد الصلاة على الواجبة فكانه قال عليه السلام صلاة الجماعة اكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء

وحديث الاعمى المشهور حين استاذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه السلام اتسمع النداء قال نعم قال لا أجد لك رخصة هو كالنص في وجوبها مع عدم العذر خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال والذى نفسى بيده لقد هممت ان آمر بحطب فيحطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم احالف الى رجال فاحرق عليهم بيوتهم والذى نفسى بيده لو يعلم أحدهم انه يجد عظماً سميناً اومر ماتين حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة فى المسجد الذي يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلك كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع فتاويل حديث مخالفة وصرفه الى ظاهر الحديث الذى تمسك به فاما اهل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لا تمتنع ان تقع في الواجبات انفسها اى ان صلاة الجماعة فى حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا لذلك بقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم واما اولئك فزعموا انه يمكن ان يحمل حديث الاعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذى يجب على من سمعه الاتيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان ابا هريرة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل اعمي فقال يارسول الله انه ليس لي قائد يقودني الى المسجد فسأل رسول الله ان يرخص له فيصلى فى بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال هل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال فاجب وظاهر هذا يبعد ان يفهم منه نداء الجمعة مع ان الاتيان الى صلاة الجمعة واجب على من كان فى المصر وان لم يسمع النداء ولا اعرف فى ذلك خلافا وعارض هذا الحديث ايضاً حديث عتبان بن مالك المذكور فى الموطا وفيه ان عتبان بن مالك كان يؤم وهو اعمى وانه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيل وانا رجل ضرير البصر فصل يارسول الله فى بيتى مكانا اتخذه مصلى فجاءه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اين تحب ان اصلى فاشار له الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلي الله عليه وسلم

﴿واما المسئلة الثانية﴾

فان الذى دخل المسجد وقد صلى لايخلوا من احد وجهين اما ان يكون صلى منفرداً واما ان يكون صلى فى جماعة فان كان صلى منفرداً فقال قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط وممن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر وقال الاوزاعي الا المغرب والصبح وقال أبو ثور الا العصر والفجر وقال الشافعى يعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على ايجاب اعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بسر بن محجن عن ابيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه مالك لم تصل مع الناس الست برجل مسلم فقال بلى يارسول الله ولكنى صليت فى اهلي فقال عليه السلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس أو بالدليل فمن حمله على عمومه أوجب عليه اعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعى وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فانه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هى وتر فلو اعيدت لاشبهت صلاة الشفع التى ليست بوتر لانها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت تنتقل من جنسها الى جنس صلاة اخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان السلام قد فصل بين الاوتار والتمسك بالعموم اقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس واقوى من هذا ماقاله الكوفيون

من

من انه اذا اعادها يكون قد اوتر مرتين وقد جاء في الاثر لا وتران في ليلة وأما ابو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تكون له نفلا فان اعاد العصر يكون قد تنفل بعد العصر وقد جاء النهي عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بانها وتر والوتر لا يعاد وهذا قياس جيد ان سلم لهم الشافعي ان الصلاة الاخيرة لهم نفل واما من فرق بين العصر والصبح في ذلك فلانه لم تختلف الآثار في النهي عن الصلاة بعد الصبح واختلفت في الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الاوزاعي واما اذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة اخرى فاكثر الفقهاء على انه لا يعيد مالك وابو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد وممن قال بهذا القول احمد وداود واهل الظاهر * والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه السلام انه قال لا تصلى صلاة في يوم مرتين وروي عنه انه امر الذين صلوا في جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وايضاً فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعادة على كل مصل اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والاكثر على انه اذا ورد العام على سبب خاص لا يقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه السلام ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة في الجماعة فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح اما من ذهب مذهب الترجيح فانه اخذ بعموم قوله عليه السلام لا تصلى صلاة واحدة في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها واما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه السلام لا تصلي صلاة في يوم مرتين انما ذلك ان لا يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد في كل واحدة منهما انهما فرض بل يعتقد في الثانية انها زائدة على الفرض ولكنه مامور بها وقال قوم بل معنى هذه الحديث انما هو للمنفرد اعني ان لا يصلي الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين

الفصل الثاني

وفي هذا الفصل مسائل

المسئلة الاولى

اختلفوا في من اولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم افقههم لا اقرؤهم وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة والثوري واحمد يؤم القوم اقرؤهم * والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فاقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكرمته الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء في مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو ابو حنيفة ومنهم من فهم من الاقرإ هاهنا الافقه لانه زعم ان الحاجة الى الافقه في الامامة امس من الحاجة الى القراءة وايضاً فان الاقرأ من الصحابة كان هو الافقه ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم

المسئلة الثانية

اختلف الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم اذا كان قارياً فاجاز ذلك قوم لحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبي ومنع ذلك قوم مطلقاً واجازه قوم في النفل ولم يجيزوه في الفريضة وهو مروي عن مالك *وسبب الخلاف في ذلك هل يؤم احد في صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم

المسئلة الثالثة

اختلفوا في امامة الفاسق فردها قوم باطلاق واجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين ان يكون فسقه مقطوعا به او غير مقطوع به فقالوا ان كان فسقه مقطوعا به اعاد الصلاة المصلي وراءه أبداً وان كان مظنونا استحب له الاعادة في الوقت وهذا الذي اختاره الابهري تاولا على المذهب ومنهم من فرق ان يكون فسقه بتاويل او يكون بغير تاويل مثل الذي يشرب النبيذ ويتأول اقوال اهل العراق فاجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجيزوها وراء غير المتأول *وسبب اختلافهم في هذا انه شئ

مسكوت عنه في الشرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفاسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الا صحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل على المأموم اجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة واتهم الفاسق ان يكون يصلى صلاة فاسدة كما يتهم في الشهادة ان يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين ان يكون فسقه بتاويل او بغير تاويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين ان يكون فسقه مقطوعا به لانه اذا كان مقطوعا به فكأنه غير معذور في تاويله وقد رام اهل الظاهر ان يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقاً من غير فاسق والاحتجاج بالعموم في غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين ان يكون فسقه في شروط صحة الصلاة او في امور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا في امامة المرأة فالجمهور على انه لا يجوز ان تؤم الرجال واختلفوا في امامتها النساء فاجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشذ ابو ثور والطبري فاجاز امامتها على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على منعها ان تؤم الرجال لانه لو كان جائزاً لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه ايضاً لما كانت سنتهن في الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوز لهن التقدم عليهم لقوله عليه السلام اخروهن حيث اخرهن الله ولذلك اجاز بعضهم امامتها النساء اذ كن متساويات في المرتبة في الصلاة مع انه ايضاً نقل ذلك عن بعض الصدر الاول ومن اجاز امامتها فانما ذهب الى ما رواه ابو داود من حديث ام ورقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها في بيتها وجعل لها مؤذناً يؤذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها وفي هذا الباب مسائل كثيرة أعني من اختلافهم في الصفات المشترطة في الامام تركنا ذكرها لكونها مسكوتاً عنها في الشرع قال القاضي وقصدنا في هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة أو ماله تعلق قريب بالمسموع واما احكام الامام الخاصة به فان في ذلك أربع مسائل متعلقة بالسمع احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة القرآن أم المأموم هو الذي يؤمن فقط والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام والثالثة اذا ارتج عليه هل يفتح عليه أم لا والرابعة هل يجوز أن يكون موضعه أرفع من موضع المأمومين فاما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام الكتاب فان مالكا ذهب في رواية ابن القاسم عنه والمصريين انه لا يؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى انه يؤمن كالمأموم سواء وهي رواية المدنيين عن مالك * وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين الظاهر أحدهما حديث أبي هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام فأمنوا والحديث الثاني ما اخرجه مالك عن أبي هريرة أيضاً أنه قال عليه السلام اذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين فاما الحديث الاول فهو نص في تامين الامام وأما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن لما امر المأموم بالتأمين عند الفراغ من ام الكتاب قبل ان يؤمن الامام لان الامام كما قال عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به الا ان يخص هذا من اقوال الامام أعني أن يكون للمأموم ان يؤمن معه وقبله فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذي رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعي وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصاً ولانه ليس فيه شئ من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع تامين المأموم فقط لا في هل يؤمن الامام أو لا يؤمن فتامل هذا ويمكن أيضاً أن يتاول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله فاذا امن فامنوا أى فاذا بلغ موضع التأمين وقد قيل ان التأمين

هو

هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم من الحديث الا بقياس أعني ان يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأمنوا انه لا يؤمن الامام وامامتي يكبر الامام فان قوماً قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل ان يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب ابي حنيفة والثوري وزفر *وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث انس وحديث بلال أما حديث انس فقال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يكبر في الصلاة فقال أقيموا صفوفكم وتراصوا فاني اراكم من وراء ظهري وظاهر هذا ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ماروي عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر وأما حديث بلال فانه روي انه كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول له يا رسول الله لا تسبقني بآمين خرّجه الطحاوي قالوا فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والاقامة لم تتم وأما اختلافهم في الفتح على الامام اذا ارتج عليه فان مالكا والشافعي وأكثر العلماء اجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون *وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تردد في آية فلما انصرف قال ابن ابي لم يكن في القوم أي يريد الفتح عليه وروي عنه عليه السلام انه قال لا يفتح على الامام والخلاف في ذلك في الصدر الاول والمنع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور وأما موضع الامام فان قوماً اجازوا ان يكون ارفع من موضع المامومين وقوم منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك * وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان أحدهما الحديث الثابت انه عليه السلام ام الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا اراد ان يسجد نزل من على المنبر والثاني مارواه ابو داود ان حذيفة ام الناس على دكان فاخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك اوينهى عن ذلك وقد اختلفوا هل يجب على الامام ان ينوي الامامة ام لا فذهب قوم الى انه ليس ذلك بواجب عليه لحديث ابن عباس انه قام الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله في الصلاة ورأى قوم أن هذا محتمل وانه لابد من ذلك اذا كان يحمل بعض افعال الصلاة عن المامومين وهذا على مذهب من يرى أن الامام يحمل فرضاً اونفلا عن المامومين

الفصل الثالث

في مقام الماموم من الامام واحكام الماموم الخاصة به وفي هذا الباب خمس مسائل

المسئلة الاولى

جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد ان يقوم عن يمين الامام لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه واختلفوا اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى انهما يقومان خلف الامام وقال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما *والسبب في اختلافهم أن في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال قمت عن يسار رسول الله صلى الله علية وسلم فاخذ بيدي فادارني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بايدينا جميعاً فدفعنا حتى قمنا خلفه والحديث الثاني حديث ابن مسعود انه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما واسنده الى النبي صلى الله عليه وسلم قال ابو عمر اختلف رواة هذا الحديث فبعضهم اوقفه وبعضهم اسنده والصحيح انه موقوف واما ان سنة المرأة ان تقف خلف الرجل اوالرجال ان كان هنالك رجل سوى الامام اوخلف الامام ان كانت وحدها فلا اعلم في ذلك خلافاً لثبوت ذلك من حديث انس الذي خرّجه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى به وبامه وخالته قال فاقامني عن يمينه وأقام المرأتين خلفنا والذي

خرّجه عنه ايضاً مالك انه قال فصففت انا واليتيم وراءه عليه السلام والعجوز من ورائنا وسنة الواحد عند الجمهور ان يقف عن يمين الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة وقال قوم بل عن يساره

﴿المسئلة الثانية﴾ اجتمع العلماء على أن الصف الاول مرغب فيه وكذلك تراص الصفوف وتسويتها لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا اذا صلى انسان خلف الصف وحده فالجمهور على أن صلاته تجزى وقال احمد وابو ثور وجماعة صلاته فاسدة *وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو انه قال عليه السلام لاصلاة لقائم خلف الصف وكان الشافعى يرى أن هذا يعارضه قيام العجوز وحدها خلف الصف فى حديث انس وكان احمد يقول ليس فى ذلك حجة لان سنة النساء هى القيام خلف الرجال وكان احمد كما قلنا يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لاتقوم به حجة واحتج الجمهور بحديث ابى بكرة انه ركع دون الصف ثم لم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعادة وقال له زادك الله حرصا ولا تعد ولو حمل هذا على الندب لم يكن تعارض أعنى بين حديث وابصة وحديث ابى بكرة

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف الصدر الاول فى الرجل يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل يسرع المشى الى المسجد ام لا مخافة ان يفوته جزء من الصلاة فروى عن عمر وابن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون المشى اذا سمعوا الاقامة وروى عن زيد بن ثابت وابى ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لايرون السعى بل ان توتى الصلاة بوقار وسكينة وبهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث ابى هريرة الثابت اذا ثوب بالصلاة فلا تاتوها وأنتم تسعون وآتوها وعليكم السكينة ويشبه ان يكون سبب الخلاف فى ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث اورأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى فاستبقوا الخيرات وقوله والسابقون السابقون اولئك المقربون وقوله سارعوا الى مغفرة من ربكم وبالجملة فاصول الشرع تشهد بالمبادرة الى الخير لكن اذا صح الحديث وجب ان يستثنى الصلاة من بين سائر اعمال القرب

﴿المسئلة الرابعة﴾ متى يستحب ان يقام الى الصلاة فبعض استحسن البدء فى اول الاقامة على الاصل فى الترغيب فى المسارعة وبعض عند قوله قدقامت الصلاة وبعضهم عند حى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحد فى ذلك حداً كمالك رضى الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وليس فى هذا شرع مسموع الاحديث ابى قتادة انه قال عليه السلام اذا اقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى تروني فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على اصلها المعفو عنه أعنى انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل فحسن

﴿المسئلة الخامسة﴾ ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له ان يركع دون الصف الاول ثم يدب راكعاً وكره ذلك الشافعى وفرق ابو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه للواحد وأجازه للجماعة وماذهب اليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود *وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث ابى بكرة وهو انه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الساعي قال ابو بكرة انا قال زادك الله حرصاً ولا تعد

﴿الفصل الرابع فى معرفة مايجب على المأموم أن يتبع فيه الامام﴾

وأجمع العلماء على انه يجب على المأموم ان يتبع الامام فى جميع اقواله وافعاله الافى قوله سمع الله لمن حمده وفى جلوسه

اذا

اذا صلي جالساً لمرض عنده من اجاز امامة الجالس *وأما اختلافهم في قوله سمع الله لمن حمده فان طائفة ذهبت الى
ان الامام يقول اذا رفع رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط ويقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط وممن قال
بهذا القول مالك وابو حنيفة وغيرهما وذهبت طائفة اخرى الى أن الامام والمأموم يقولان جميعاً سمع الله لمن حمده
ربنا ولك الحمد وان المأموم يتبع فيهما معاً الامام كسائر التكبير سواء وقد روي عن ابي حنيفة ان المنفرد والامام يقولهما
جميعاً ولا خلاف في المنفرد أعني انه يقولهما جميعاً *وسبب الاختلاف في ذلك حديثان متعارضان. احدهما حديث انس
أن النبي عليه السلام قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا
ولك الحمد والحديث الثاني حديث عمر انه صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع
رأسه من الركوع رفعهما كذلك ايضاً وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن رجح مفهوم حديث انس قال
لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الامام ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه
بخلاف حكم المنطوق به ومن رجح حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب على المأموم ان يتبع الامام
في قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله انما جعل الامام ليؤتم به ومن جمع من الحديثين فرق في ذلك بين الامام والمأموم والحق في
ذلك ان حديث انس يقتضي بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ربنا ولك الحمد وان المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث
ابن عمر يقتضي نصاً ان الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص بدليل الخطاب فان النص اقوى من دليل الخطاب
وحديث انس يقتضي بعمومه أن المأموم يقول سمع الله لمن حمده بعموم قوله انما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه ان لا يقولها
فوجب ان يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف أن العموم اقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف
ايضاً في القوة والضعف ولذلك ليس يبعد ان يكون بعض ادلة الخطاب اقوى من بعض ادلة العموم فالمسئلة لعمري
اجتهادية أعني في المأموم ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي صلاة القائم خلف القاعد فان تحصيل القول فيها
أن العلماء اتفقوا على انه ليس للصحيح ان يصلي فرضاً قاعداً اذا كان منفرداً او اماما لقوله تعالى وقوموا لله قانتين
واختلفوا اذا كان المأموم صحيحاً فصلى خلف امام مريض يصلي قاعداً على ثلاثة اقوال احدها ان المأموم يصلي
خلفه وممن قال بهذا القول احمد واسحاق والقول الثاني انهم يصلون خلفه قياماً قال ابو عمر ابن عبد البر وعلى هذا جماعة
فقهاء الامصار الشافعي وأصحابه وابو حنيفة واصحابه واهل الظاهر وابو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه
قياماً وان كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يومي ايماء وروى ابن القاسم انه لا تجوز امامة القاعد وانه ان صلوا
خلفه قياماً او قعوداً بطلت صلاتهم وقد روى عن مالك انهم يعيدون الصلاة في الوقت وهذا انما بنى على الكراهة
لا على المنع والاول هو المشهور عنه *وسبب الاختلاف تعارض الأثر في ذلك ومعارضة العمل للاثر أعني عمل اهل
المدينة عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما حديث انس وهو قوله عليه السلام واذا صلى قاعداً
فصلوا قعوداً وحديث عائشة في معناه وهو انه صلى صلى الله عليه وسلم وهو شاك جالساً وصلى وراءه قوم قياماً فاشار اليهم
ان اجلسوا فلما انصرف قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا صلى جالساً فصلوا
جلوساً والحديث الثاني حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج في موضعه الذي توفي منه فاتي المسجد
فوجد ابا بكر وهو قائم يصلي بالناس فاستاخر ابو بكر فاشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كما انت فجلس رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى جنب ابي بكر فكان ابو بكر يصلي بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون

بصلاة ابى بكر فذهب الناس فى هذين الحديثين مذهب النسخ ومذهب الترجيح فاما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو أن النبي عليه السلام كان يؤم الناس وان ابا بكر كان مسمعاً لانه لايجوز ان يكون امامان فى صلاة واحدة وان الناس كانوا قياماً وأن النبي عليه السلام كان جالساً فوجب ان يكون هذا من فعله عليه السلام اذ كان آخر فعله ناسخاً لقوله وفعله المتقدم وأما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث انس بان قالوا ان الحديث قد اضطربت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان الامام هل رسول الله او ابا بكر وأما مالك فليس له مستند من السماع لان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة القاعد وانما اختلفا في قيام المأموم اوقعوده حتى انه لقد قال ابو محمد بن حزم انه ليس في حديث عائشة ان الناس صلوا لاقياماً ولاقعوداً وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشئ لم ينص عليه قال ابو عمر وقد ذكر ابو المصعب في مختصره عن مالك انه قال لايؤم الناس احد قاعداً فان امهم قاعداً فسدت صلاتهم وصلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لايؤمن احد بعدى قاعداً قال ابو عمر وهذا حديث لايصح عند اهل العلم بالحديث لانه يرويه جابر الجعفى مرسلا وليس بحجة فيما اسند فكيف فيما ارسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحتج بما رواه ربيعة بن ابى عبدالرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان ابو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بصلاة ابى بكر وقال ما مات نبي حتى يؤمه رجل من امته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه ائتم بابي بكر لانه لاتجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لايجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث

الفصل الخامس فى صفة الاتباع

وفيه مسئلتان أحدهما فى وقت تكبيرة الاحرام للمأموم والثانية فى حكم من رفع رأسه قبل الامام أما اختلافهم فى وقت تكبير المأموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبر معه اجزأه وقد قيل انه لايجزئه وأما ان كبر قبله فلايجزئه وقال ابو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه وأما الشافعى فعنه في ذلك روايتان إحداهما مثل قول مالك وهو الاشهر والثانية ان المأموم ان كبر قبل الامام اجزأه *وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين أحدهما قوله عليه السلام فاذا كبر فكبروا والثاني ماروى انه عليه السلام كبر فى صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه اثر الماء فظاهر هذا ان تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يك له تكبيرا ولا لمكان عدم الطهارة وهو ايضاً مبنى على اصله في أن صلاة الامام غير مرتبطة بصلاة المأموم والحديث ليس فيه ذكر هل استانفوا التكبير اولم يستانفوه فليس ينبغى ان يحمل على احدهما الا بتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لايكون الا بعد ان يقوم الامام اما بالتكبير واما بافتتاحه وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه ان يرجع فيتبع الامام وذهب قوم الى ان صلاته تبطل للوعيد الذى جاء فى ذلك وهو قوله عليه السلام أما يخاف الذى يرفع رأسه قبل الامام ان يحول الله رأسه رأس حمار

الفصل السادس

واتفقوا على انه لايحمل الامام عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة ماعدى القراءة فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة اقوال. احدها ان المأموم يقرأ مع الامام فيما اسر فيه ولايقرأ معه فيما جهر به * والثاني انه لايقرأ معه اصلا. والثالث انه يقرأ فيما اسر ام الكتاب وغيرها وفيما جهر ام الكتاب فقط وبعضهم فرق فى الجهر بين ان يسمع قراءة الامام اولا يسمع فاوجب عليه القراءة اذا لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالاول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما اسر فيه الامام وبالثانى قال ابو حنيفة وبالثالث قال الشافعى والتفرقة

بين

بين ان يسمع اولايسمع هوقول احمد بن حنبل *والسبب في اختلافهم اختلاف الاحاديث فى هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان فى ذلك اربعة احاديث احدها قوله عليه السلام لاصلاة الابفاتحة الكتاب وماورد من الاحاديث فى هذا المعنى مماقدذكرناه فى باب وجوب القراءة والثانى ماروى مالك عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ معى منكم احد آنفاً فقال رجل نعم انايارسول الله فقال رسول الله انى اقول مالى انازع القرآن فانتهى الناس عن القراءة فيماجهر فيه رسول الله عليه وسلم والثالث حديث عبادة بن الصامت قال صلى بنارسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال انى لاراكم تقرءون وراء الامام قلنانعم قال فلاتفعلوا الابام القرآن قال ابو عمر وحديث عبادة بن الصامت هذا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح والحديث الرابع حديث جابر عن النبى عليه السلام قال من كان له امام فقراءته له قراءة وفي هذا ايضاً حديث خامس صححه احمد بن حنبل وهوما روى انه قال عليه السلام اذاقرأ الامام فانصتوا فاختلف الناس فى وجه جمع هذه الاحاديث فمن الناس من استثنى من النهى عن القراءة فيماجهر فيه الامام قراءة ام القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه السلام لاصلاة الابفاتحة الكتاب المأموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهى الوارد عن القراءة فيماجهر فيه الامام فى حديث ابي هريرة وأكدذلك بظاهر قوله تعالى وإذاقرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون قالوا وهذا انماورد فى الصلاة ومنهم من استثنى القراءة الواجبة على المصلى المأموم فقط سراً كانت الصلاة اوجهراً وجعل الوجوب الوارد فى القراءة فى حق الامام والمنفرد فقط مصيراً الى حديث جابر وهومذهب ابى حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصاً لقوله عليه السلام واقرأما تيسر معك فقط لانه لايرى وجوب قراءة ام القرآن فى الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقاً على ما تقدم وحديث جابر لم يروه مرفوعا الاجابر الجعفى ولاحجة فى شئ ممايتفردبه قال ابو عمر وهو حديث لايصح الامرفوعا على جابر

﴿ الفصل السابع ﴾

واتفقوا على انه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فقطع ان صلاة المأمومين ليست تفسد واختلفوا اذاصلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم بين ان يكون الامام عالماً بجنابته اوناسياً لها فقالوا ان كان عالماً فسدت صلاتهم وان كان ناسياً لم تفسد صلاتهم وبالاول قال الشافعى وبالثانى قال ابو حنيفة وبالثالث قال مالك *وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام ام ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين السهو والعمد قصر الى ظاهر الاثر المتقدم وهوانه عليه السلام كبر فى صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا ثم انصرف وعلى جسمه أثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعى يرى انه لوكانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبدءوا بالصلاة مرة ثانية

﴿ الباب الثالث من الجملة الثالثة ﴾

والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر فى اربعة فصول. الفصل الاول فى وجوب الجمعة وعلى من تجب. الثاني في شروط الجمعة. الثالث فى اركان الجمعة. الرابع في احكام الجمعة

﴿ الفصل الاول فى وجوب الجمعة ومن تجب عليه ﴾

أما وجوب صلاة الجمعة على الاعيان فهو الذى عليه الجمهور لكونها بدلا من واجب وهو الظهر والظاهر قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الي ذكر الله وذروا البيع والامر على الوجوب ولقوله عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم

الجمعة اوليختمن الله على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة انها سنة *والسبب
فى هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه السلام ان هذا يوم جعله الله عيداً وأما على من تجب فعلى من وجدت
فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائداً اليها اربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما أما المتفق
عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من اهل الجمعة وأما
المختلف فيهما فهما المسافر والعبد فالجمهور على انه لاتجب عليهما الجمعة وداود وأصحابه على انه تجب عليهما الجمعة
*وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الأثر الوارد فى ذلك وهو قوله عليه السلام الجمعة حق واجب على كل مسلم
فى جماعة الا اربعة عبد مملوك اوامرأة اوصبى اومريض وفى اخرى الا خمسة وفيه اومسافر والحديث لم يصح عند
اكثر العلماء ﴿الفصل الثانى فى شروط الجمعة﴾ وأما شروط الجمعة فاتفقوا على انها
شروط الصلاة المفروضة بعينها أعنى الثمانية المتقدمة ما عدى الوقت والاذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك
اختلفوا فى شروطها المختصة بها أما الوقت فان الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه أعنى وقت الزوال وانه لايجوز
قبل الزوال وذهب قوم الى انه يجوز ان يصلى قبل الزوال وهو قول احمد بن حنبل *والسبب فى هذا الاختلاف
الاختلاف فى مفهوم الآثار الواردة فى تعجيل الجمعة مثل ما خرّجه البخارى عن سهل بن سعد انه قال ما كنا نتغدى
بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقيل الا بعد الجمعة ومثل ماروى انهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدر اظلال
فمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال اجاز ذلك ومن لم يفهم منها الا التبكير فقط لم يجز ذلك لئلا يتعارض
الاصول فى هذا الباب وذلك انه قد ثبت من حديث انس بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى الجمعة حين
تميل الشمس وايضاً فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب ان يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه
الآثار ان تحمل تلك على التبكير اذ ليست نصاً فى الصلاة قبل الزوال وهو الذى عليه الجمهور وأما الاذان فان جمهور
الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو إذا جلس الامام على المنبر واختلفوا هل يؤذن بين يدى الامام مؤذن واحد فقط او اكثر من
واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين يدى الامام مؤذن واحد فقط وهو الذي يحرم به البيع والشراء وقال
آخرون بل يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل انما يؤذن ثلاثة *والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك وذلك
انه روي البخارى عن السائب بن يزيد انه قال كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروي ايضاً عن
السائب بن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى ايضاً عن سعيد بن المسيب
انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر اذاناً واحداً حين يخرج الامام
فلما كان زمان عثمان كثر الناس فزاد الاذان الاول ليتهيأ الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم
الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم الى ظاهر ما رواه البخاري وقال يؤذن يوم الجمعة
مؤذنان وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء
الثالث أن النداء الثاني هو الاقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب واحاديث ابن حبيب عند اهل ضعيفة ولاسيما
فيما انفرد به

﴿وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة﴾

فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفوا فى مقدار الجماعة فمنهم من قال واحد مع الامام وهو الطبرى

ومنهم

ومنهم من قال اثنان سوى الامام ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول ابي حنيفة ومنهم من اشترط اربعين وهو قول الشافعى واحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عدداً ولكن رآ انه يجوز بما دون الاربعين ولايجوز بالثلاثة والاربعة وهو مذهب مالك وحدهم بانهم الذين يمكن ان تتقوى بهم قرية *وسبب اختلافهم فى هذا اختلافهم فى اقل ماينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة اواربعة اواثنان وهل الامام داخل فيهم ام ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط في هذه الصلاة هو اقل ماينطلق عليه اسم الجمع اوماينطلق عليه اسم الجمع فى غالب الاحوال وذلك هو اكثر من الثلاثة والاربعة فمن ذهب الى ان الشرط فى ذلك هو اقل ماينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان اقل ماينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام في الجمع المشترط فى ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الامام واحد ثان وان كان ممن لايرى ان يعد الامام فى الجمع قال اثنان سوى الامام ومن كان ايضاً عنده ان اقل الجمع ثلاثة فان كان لايعد الامام فى جملتهم قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام فى جملتهم وافق قول من قال اقل الجمع اثنان ولم يعد الامام فى جملتهم وأما من راعي ما ينطلق عليه فى الاكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا ينعقد بالاثنين ولا بالاربعة ولم يحد فى ذلك حداً ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذى يمكنهم ان يسكنوا على حده من الناس وهو مالك رحمه الله وأما من اشترط الاربعين فمصيراً الى ما روى ان هذا العدد كان في اول جمعة صليت بالناس فهذا هو احد شروط صلاة الجمعة أعنى شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ماهى شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الامرين جميعاً أعنى انها شروط وجوب وشروط صحة وأما الشرط الثاني وهو الاستيطان فان فقهاء الامصار اتفقوا عليه لاتفاقهم على أن الجمعة لاتجب على مسافر وخالف فى ذلك اهل الظاهر لايجابهم الجمعة على المسافر واشترط ابو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ولم يشترط العدد *وسبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المنطوق الى الاحوال الراتبة التى اقترنت بهذه الصلاة عند فعله اياها صلى الله عليه وسلم هل هى شرط فى صحتها او وجوبها ام ليست بشرط وذلك انه لم يصلها صلى الله عليه وسلم الا فى جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رآ أن اقتران هذه الاشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطاً في صلاة الجمعة اشترطها ومن رآ بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتركه اشتراط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا فى مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان في مصر واحد اولاتقام *والسبب في اختلافهم فى اشتراط الاحوال والافعال المقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال أشد مناسبة لافعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوماً من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة فى الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطاً في ذلك لكونه غير مناسب لاحوال الصلاة ورآ المسجد شرطاً لكونه اقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتأخرون من اصحابه هل من شرط المسجد السقف ام لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه ام لا وهذا كله لعله تعمق فى هذا الباب ودين الله يسر ولقائل ان يقول انه لو كانت شروطاً فى صحة الصلاة لما جاز ان يسكت عنها عليه السلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم ولقوله تعالى ولتبين لهم الذى اختلفوا فيه والله المرشد للصواب

الفصل الثالث فى الاركان

اتفق المسلمون على انها خطبة وركعتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك فى اربع مسائل هى قواعد هذا الباب

المسئلة الاولى

فى الخطبة هل هى شرط في صحة

الصلاة وركن من اركانها ام لا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن وقال اقوام إنها ليست بفرض وجمهور اصحاب مالك على انها فرض الا ابن الماجشون *وسبب اختلافهم هو الاصل المتقدم من احتمال كل ما اقترن بهذه الصلاة ان يكون من شروطها او لا يكون فمن رآ ان الخطبة حال من الاحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توهم انها عوض من الركعتين اللتين نقصت من هذه الصلاة قال انها ركن من اركان هذه الصلاة وشرط فى صحتها ومن رآ أن المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رآ انها ليست شرطاً من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف فى هذه الخطبة هل هى فرض ام لا لكونها راتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالي فاسعوا الى ذكر الله وقالوا هو الخطبة

﴿المسئلة الثانية﴾

واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المجزي منها فقال ابن القاسم هو اقل ماينطلق اسم خطبة فى كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدإ بحمد الله وقال الشافعى اقل مايجزى من ذلك خطبتان اثنتان يكون في كل واحدة منهما قائماً يفصل احداهما من الاخرى بجلسة خفيفة يحمد الله فى كل واحدة منهما في اولها ويصلى على النبي ويوصى بتقوى الله ويقرأ شيئاً من القرآن فى الاولى ويدعوا فى الاخرة *والسبب في اختلافهم هو هل يجزى من ذلك اقل ماينطلق عليه الاسم اللغوى او الاسم الشرعي فمن رآ أن المجزى اقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوى لم يشترط فيها شيئاً من الاقوال التى نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها ومن رآ أن المجزى من ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعي اشترط فيها اصول الاقوال التى نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعنى الاقوال الراتبة الغير مبتدلة *والسبب فى هذا الاختلاف أن الخطبة التي نقلت عنه فيها اقوال راتبة وغير راتبة فمن اعتبر الاقوال الغير راتبة وغلب حكمها قال يكفى من ذلك اقل ماينطلق عليه الاسم اللغوى أعنى اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الاقوال الراتبة وغلب حكمها قال لا يجزى من ذلك الا اقل ماينطلق عليه اسم الخطبة فى عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعى وذلك انه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطاً ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطاً

﴿المسئلة الثالثة﴾

اختلفوا فى الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة اقوال فمنهم من رآ أن الانصات واجب على كل حال وانه حكم لازم من احكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعي وابو حنيفة واحمد بن حنبل وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة اقسام فبعضهم اجاز التشميت ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثورى والاوزاعي وغيرهم وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التشميت وبعض فرق بين السلام والتشميت فقالوا يرد السلام ولا يشمت والقول الثاني مقابل القول الاول وهو أن الكلام فى حال الخطبة جائز الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروى عن الشعبى وسعيد بن جبير وابراهيم النخعى والقول الثالث الفرق بين ان يسمع الخطبة او لا يسمعها فان سمعها انصت وان لم يسمع جاز له ان يسبح او يتكلم في مسئلة من العلم وبه قال احمد وعطاء وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم تفسد صلاته وروى عن ابن وهب انه قال من لغا فصلاته ظهر اربع وانما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث ابي هريرة أن النبي عليه السلام قال اذا قلت لصاحبك انصت والامام يخطب فقد لغوت وأما من لم يوجبه فلا اعلم لهم شبهة الا ان يكونوا يرون أن هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب فى قوله تعالى وإذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون اى أن ماعدى القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله اعلم والاشبه ان يكون الحديث لم يصلهم* وأما اختلافهم في رد السلام وتشميت العاطس فالسبب فيه تعارض عموم

الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال ان يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الامر بالصمت يوم الجمعة الامر بالسلام والتشميت اجازهما ومن استثنى من عموم الامر برد السلام والتشميت الامر بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك ومن فرق فانه استثني رد السلام من النهى عن التكلم فى الخطبة واستثنى من عموم الامر بالتشميت وقت الخطبة وانما ذهب واحد من هؤلاء الى واحد من هذه المستثنيات مما غلب على ظنه من قوة العموم فى احدها وضعفه في الاخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام فى الكلام خاص فى الوقت والامر برد السلام والتشميت هو عام فى الوقت خاص فى الكلام فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التشميت فى وقت الخطبة ومن استثنى الكلام الخاص من النهى عن الكلام العام اجاز ذلك والصواب الايصار لاستثناء احد العمومين باحد الخصوصين الابدليل فان عسر ذلك فبالنظر فى ترجيح العمومات والخصوصات وترجيح تاكيد الاوامر بها والقول في تفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بايجاز انه ان كانت الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هنالك دليل على أى يستثنى من أي وقع التمانع ضرورة وهذا يقل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح فى العمومات والخصوصات الواقعة فى امثال هذه المواضع هو النظر الى جميع اقسام النسب الواقعة بين الخصوصين والعمومين وهى عمومان في مرتبة واحدة من القوة وخصوصان في مرتبة واحدة من القوة فهذا لايصار لاستثناء أحدهما إلا بدليل الثانى مقابل هذا وهو خصوص في نهاية القوة وعموم فى نهاية الضعف فهذا يجب ان يصار اليه ولا بد أعنى أن يستثنى من العموم الخصوص الثالث خصوصان فى مرتبة واحدة واحد العمومين اضعف من الثانى فهذا ينبغي أن يخصص فيه العموم الضعيف الرابع عمومان فى مرتبة وأحدة واحد الخصوصين أقوى من الثاني فهذا يجب ان يكون الحكم فيه للخصوص القوى وهذا كله اذا تساوت الاوامر فيها فى مفهوم التاكيد فان اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المقايسة أيضاً بين قوة الالفاظ وقوة الاوامر ولعسر انضباط هذه الاشياء قيل ان كل مجتهد مصيب أو أقل ذلك غير ماثوم ﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع أم لا فذهب بعض إلى أنه لا يركع وهو مذهب مالك وذهب بعضهم إلى أنه يركع *والسبب فى اختلافهم معارضة القياس بعموم الاثر وذلك ان عموم قوله عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب ان يركع الداخل فى المسجد يوم الجمعة وإن كان الامام يخطب والامر بالانصات الى الخطيب يوجب دليله الا يشتغل بشيء مما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويويد عموم هذا الامر ماثبت من قوله عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين خرجه مسلم في بعض رواياته وأكثر رواياته أن النبى عليه السلام أمر الرجل الداخل ان يركع ولم يقل إذا جاء احدكم الحديث فيتطرق إلى هذا الخلاف فى هل تقبل زيادة الراوى الواحد إذا خالفه أصحابه عن الشيخ الاول الذى اجتمعوا فى الرواية عنه أم لا فان صحت الزيادة ووجب العمل بها فانها نص في موضع الخلاف والنص لا يجب ان يعارض بالقياس لكن يشبه ان يكون الذى راعى مالك فى هذا هو العمل ﴿المسئلة الخامسة﴾ أكثر الفقهاء على ان من سنة القراءة في صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة في الركعة الاولى لما تكرر ذلك من فعله عليه السلام وذلك أنه خرج مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلي الله عليه وسلم كان يقرا فى الركعة الاولى بالجمعة وفى الثانية باذا جاءك المنافقون وروى مالك ان الضحاك بن قيس سال النعمان بن بشير ماذا كان يقرا به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم

الجمعة على أثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل أتاك الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح اسم ربك الاعلى كان حسناً لانه مروي عن عمر بن عبد العزيز وأما أبوحنيفة فلم يوقف فيها شيئاً * والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس موجب الايكون لها سورة راتبة كالحال في سائر الصلوات ودليل الفعل يقتضى ان يكون لها سورة قال القاضى خرج مسلم عن النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية قال فاذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة راتبة او ان الجمعة ليس كان يقرأ بها دائماً

﴿الفصل الرابع في أحكام الجمعة﴾ وفي هذا الباب أربع مسائل الاولى في حكم طهر الجمعة. الثانية على من تجب ممن خارج المصر. الثالثة في وقت الرواح المرغب فيه الى الجمعة. الرابعة في جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلفوا في طهر الجمعة فذهب الجمهور الى انه سنة وذهب أهل الظاهر الى انه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطاً في صحة الصلاة * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك ان في هذا الباب حديث أبي سعيد الخدرى وهو قوله عليه السلام طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر النجاسة وفيه حديث عائشة قالت كان الناس عمال أنفسهم يروحون الى الجمعة بهيئتهم فقيل لو اغتسلتم والاول صحيح باتفاق والثاني خرجه أبوداود ومسلم وظاهر حديث أبي سعيد يقتضى وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة ان ذلك كان لموضع النظافة وانه ليس عبادة وقد روى من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل وهو نص في سقوط فريضته الا انه حديث ضعيف واما وجوب الجمعة على من خارج المصر فان قوماً قالوا لا تجب على من خارج المصر وقوم قالوا بل تجب وهؤلاء اختلفوا اختلافاً كثيراً فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان اليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الاتيان اليها على ثلاثة اميال ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الاغلب وذلك من ثلاثة اميال من موضع النداء وهذان القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت في شروط الوجوب

*وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار وذلك انه ورد أن الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالي في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة اميال من المدينة وروى أبوداود أن النبي عليه السلام قال الجمعة على من سمع النداء وروى الجمعة على من آواه الليل إلى أهله وهو أثر ضعيف وأما اختلافهم في الساعات التى وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه السلام من راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة فان الشافعي وجماعة من العلماء اعتقدوا ان هذه الساعات هي ساعات النهار فندبوا الى الرواح من أول النهار وذهب مالك الى انها اجزاء ساعة واحدة بعد الزوال وقال قوم هي اجزاء ساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعى بعد الزوال الا على مذهب من يرى ان الواجب يدخله الفضيلة وأما اختلافهم في البيع والشراء وقت النداء فان قوما قالوا يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء وقوما قالوا لا يفسخ *وسبب اختلافهم هل النهى عن الشئ الذى أصله مباح اذا تقيد النهى بصفة يعود بفساد النهى عنه أم لا وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك

الباب

الباب الرابع في صلاة السفر

وهذا الباب فيه فصلان . الفصل الاول في القصر ، الفصل الثاني في الجمع

الفصل الاول

في القصر والسفر له تاثير في القصر باتفاق وفي الجمع باختلاف اما القصر فانه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الاقول شاذ وهو قول عائشة وهو أن القصر لايجوز الاللخائف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقالوا ان النبي عليه السلام انما قصر لانه كان خائفاً واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع أحدها في حكم القصر والثاني في المسافة التي يجب فيها القصر والثالث في السفر الذي يجب فيه القصر والرابع في المواضع الذي يبدا منه المسافر بالتقصير والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع ان يقصر الصلاة فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال فمنهم من رآ أن القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ومنهم من رآ ان القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار في واجب الكفارة ومنهم من رآ ان القصر سنة ومنهم من رآ انه رخصة وان الاتمام أفضل وبالقول الاول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون باسرهم أعني انه فرض متعين وبالثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعني انه سنة قال مالك في اشهر الروايات عنه وبالرابع أعني أنه رخصة قال الشافعي في اشهر الروايات عنه وهو المتصور عند أصحابه * والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل أيضاً للمعني المعقول ولصيغة اللفظ المنقول وذلك ان المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطر وفي اشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن امية قال قلت لعمر انما قال الله ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا يريد في قصر الصلات في السفر فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال صدقة تصدق الله بها فاقبلوا صدقته فمفهوم هذا الرخصة وحديث أبي قلابة عن رجل من بني عامر أتي النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وهما في الصحيح وهذا كله يدل على التخفيف والرخصة ورفع الحرج لان القصر هو الواجب ولا انه سنة وأما الاثر الذي يعارض بصيغة المعنى المعقول ومفهوم هذه الاثار فحديث عائشه الثابت باتفاق قالت فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فاقرت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر واما دليل الفعل الذي يعارض المعنى المعقول ومفهوم الاثر المنقول فانه مانقل عنه عليه السلام من قصر الصلاة في كل اسفاره وأنه لم يصح عنه عليه السلام انه اتم الصلاة قط فمن ذهب الى أنه سنة أو واجب مخير فانما حمله على ذلك انه لم يصح عنده ان النبي عليه السلام اتم الصلاة وما هذا شأنه فقد يجب ان يكون أحد الواجبين أعني اما واجباً مخيراً واما ان يكون سنة واما ان يكون فرضاً معيناً لكن كونه فرضاً معيناً يعارضه المعنى المعقول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب ان يكون واجباً مخيراً أو سنة وكان هذا نوعا من طريق الجمع وقد اعتلوا بحديث عائشة بالمشهور عنها من أنها كانت تتم وروي عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتم الصلاة في السفر ويقصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويعجل العصر ويؤخر المغرب ويعجل العشاء ومما يعارضه أيضاً حديث أنس وأبي نجيح المكي قال أصطحب أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في اتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضع الاول وأما اختلافهم في الموضع الثاني وهي المسافة التي يجوز فيها القصر فان العلماء اختلفوا في ذلك أيضاً اختلافا كثيراً فذهب مالك والشافعي وأحمد وجماعة كثيرة الى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير

الوسط وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون أقل ماتقصر فيه الصلاة ثلاثة ايام وان القصر انما هو لمن سار من افق الى افق وقال أهل الظاهر القصر فى كل سفر قريباً كان أو بعيداً *والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ وذلك ان المعقول من تأثر السفر فى القصر انه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثره فى الصوم واذا كان الامر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة وأما من لايراعى فى ذلك الا اللفظ فقط فقالوا قد قال النبى عليه السلام ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل ما انطلق عليه اسم مسافر جاز له القصر والفطر وايدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبى عليه السلام كان يقصر فى نحو السبعة عشر ميلا وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لايجوز الا للخائف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا ان النبى انما قصر لانه كان خائفاً واما اختلاف اولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة فى ذلك وذلك ان مذهب الاربعة برد مروى عن ابن عمر وابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضاً عن ابن مسعود وعثمان وغيرهم واما الموضع الثالث وهو اختلافهم فى نوع السفر الذى تقصر فيه الصلاة فرآ بعضهم ان ذلك مقصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وممن قال بهذا القول احمد ومنهم من اجازه فى السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعى ومنهم من اجازه فى كل سفر قربة كان أو مباحا أو معصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور * والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال انه لايجوز الا فى السفر المتقرب به لان النبى عليه السلام لم يقصر قط الا فى سفر متقرب به واما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخص للعصاة أم لا وهذه مسئلة عارض فيها اللفظ للمعنى فاختلف الناس فيها لذلك واما الموضع الرابع وهو اختلافهم فى الموضع الذى منه يبدا المسافر بقصر الصلاة فان مالكا قال فى الموطا لايقصر الصلاة الذى يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولايتم حتى يدخل اول بيوتها وقد روى عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة اميال وذلك عنده اقصى ماتجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر فى احدى الروايتين عنه وبالقول الاول قال الجمهور *والسبب فى هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع فى السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعي دليل الفعل اعنى فعله عليه السلام قال لا يقصر الا اذا خرج من بيوت القرية بثلاثة اميال لما صح من حديث انس قال قال النبى صلى الله عليه وسلم اذا خرج مسيرة ثلاثة ايام أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين واما اختلافهم فى الزمان الذى يجوز للمسافر اذا اقام فيه فى بلدان يقصر فاختلاف كثير حكى فيه ابو عمر نحوا من احد عشر قولا الا ان الاشهر منها هو ماعليه فقهاء الامصار ولهم فى ذلك ثلاثة اقوال احدها مذهب مالك والشافعي انه اذا ازمع المسافر على اقامة اربعة ايام اتم والثاني مذهب ابى حنيفة وسفيان الثورى انه اذا ازمع اقامة خمسة عشر يوما اتم والثالث مذهب احمد وداود انه اذا ازمع على اكثر من اربعة ايام اتم *وسبب الخلاف انه امر مسكوت عنه فى الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم ان يستدلوا لمذهبهم من الاحوال التى نقلت عنه عليه السلام انه اقام فيها مقصراً او انه جعل لها حكم المسافر فالفريق الاول احتجوا لمذهبهم بما روى انه عليه السلام اقام بمكة ثلاثا يقصر فى عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وانما

فيه حجة على انه يقصر في الصلاة فادونها والفريق الثاني احتجوا لمذهبهم بما روى انه اقام بمكة عام الفتح مقصراً وذلك نحواً من خمسة عشر يوماً فى بعض الروايات وقد روى سبعة عشر يوماً وثمانية عشر يوماً وتسعة عشر يوماً رواه البخارى عن ابن عباس وبكل قال فريق والفريق الثالث احتجوا بمقامه فى حجه بمكة مقصراً اربعة ايام وقد احتجت المالكية لمذهبها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على ان اقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهى النكتة التى ذهب الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه السلام أعنى متى يرتفع عنه بقصد الاقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الاقامة مدة لا يرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب راى واحد منهم فى تلك المدة وعاقه عائق عن السفر انه يقصر ابداً وان أقام ماشاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تاول مقامه فى الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلا ان الخمسة عشر يوما التى اقامها عليه السلام عام الفتح انما اقامها وهو ابدا ينوى انه لا يقيم أربعة أيام وهذا بعينه يلزمهم فى الزمان الذى حدوه والاشبه بالمجتهد فى هذا ان يسلك أحد امرين اما ان يجعل الحكم لاكثر الزمان الذى روى عنه عليه السلام انه اقام فيه مقصراً ويجعل ذلك حداً من جهة ان الاصل هو الاتمام موجب الامداد على هذا الزمان الابدليل اويقول ان الاصل فى هذا هو اقل الزمان الذى وقع عليه الاجماع وماورد من أنه عليه السلام اقام مقصراً اكثر من ذلك الزمان فيحتمل ان يكون اقامه لانه جائز للمسافر ويحتمل ان يكون اقامه بنية الزمان الذي تجوز اقامته فيه مقصراً باتفاق معرض له ان اقام اكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التمسك بالاصل واقل ما قيل فى ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة ابن ابي عبد الرحمان وروى عن الحسن البصرى ان المسافر يقصر ابداً الا ان يقدم مصراً من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصراً من الامصار فهذه امهات المسائل التى تتعلق بالقصر

الفصل الثانى في الجمع

واما الجمع فانه يتعلق به مسائل ثلاثة . احدها جوازه . والثانية في صفة الجمع . والثالثة في مبيحات الجمع . اما جوازه فانهم اجمعوا على ان الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضاً فى وقت العشاء سنة أيضاً واختلفوا فى الجمع فى غير هذين المكانين فاجازه الجمهور على اختلاف بينهم فى المواضع التى يجوز فيها من التى لا يجوز ومنعه ابو حنيفة وأصحابه باطلاق *وسبب اختلافهم اختلافهم في تاويل الآثار التى رويت فى الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لانها كلها افعال وليست اقوالا والافعال يتطرق الاحتمال اليها كثيراً اكثر من تطرقه الى اللفظ وثانياً اختلافهم أيضاً في تصحيح بعضها وثالثا اختلافهم أيضاً فى اجازة القياس فى ذلك فهى ثلاثة اسباب كما ترى اما الآثار التى اختلفوا فى تاويلها فمنها حديث أنس الثابت باتفاق خرجه البخارى ومسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارتحل قبل ان تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان زاغت الشمس قبل ان يرتحل صلي الظهر ثم ركب ومنها حديث ابن عمر خرجه الشيخان أيضاً قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء والحديث الثالث حديث ابن عباس خرجه مالك ومسلم قال صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً في غير خوف ولا سفر فذهب القائلون بجواز الجمع فى تاويل هذه الاحاديث الى انه أخر الظهر الي وقت العصر المختص بها وجمع بينهما وذهب الكوفيون الى انه انما اوقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة العصر في أول وقتها على ما جاء

فى حديث امامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لانه قد انعقد الاجماع انه لا يجوز هذا فى الحضر لغير عذر أعنى ان تصلى الصلاتان معاً فى وقت احداها واحتجوا لتاويلهم أيضاً بحديث ابن مسعود قال والذى لااله غيره ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا في وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا وأيضاً فهذه الآثار محتملة ان تكون على ما تاولناه نحن اوتاولتموه انتم وقد صح توقيت الصلاة وبيانها في الاوقات فلايجوز ان تنتقل عن اصل ثابت بامر محتمل واما الاثر الذي اختلفوا في تصحيحه فمارواه مالك من حديث معاذ بن جبل انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فاخر الصلاة يوما ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعاً ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الاحاديث فى اجازة الجمع لان ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم ان يقولوا انه اخر المغرب الى وقتها وصلى العشاء فى اول وقتها لانه ليس فى الحديث امر مقطوع به على ذلك بل لفظ الراوى محتمل واما اختلافهم فى اجازة القياس في ذلك فهو ان يلحق سائر الصلوات فى السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعنى ان يجاز الجميع قياساً على تلك فيقال مثلا صلاة وجبت فى سفر فجاز ان يجمع اصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله أعني جواز هذا القياس لكن القياس في العبادات يضعف فهذه هى اسباب الخلاف الواقع في جواز الجمع

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي صورة الجمع فاختلف فيه أيضاً القائلون بالجمع أعنى فى السفر فمنهم من رآ ان الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعتا معاً فى أول وقت الاولى جاز وهى احدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين أعني ان يقدم الاخرة الى وقت الاولى او بعكس الامر وهو مذهب الشافعي وهي رواية اهل المدينة عن مالك والاولى رواية ابن القاسم عنه وانما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فمصيراً الى انه لا يرجح بالعدالة أعني انه لايفضل عدالة عدالة فى وجوب العمل بها ومعنى هذا انه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث انس اذا كان رواة الحديثين عدولا وان كان رواة احد الحديثين اعدل ﴿واما المسئلة الثالثة﴾ وهى الاسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها واختلفوا فى الجمع فى الحضر وفى شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من جعله سبباً مبيحاً للجمع اى سفر كان وباي صفة كان ومنهم من اشترط فيه ضربا من السير ونوعا من انواع السفر فاما الذى اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لايجمع المسافر الا ان يجد به السير ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى وهى احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فانما راعي قول ابن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فانما راعى ظاهر حديث انس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع فمنهم من قال هو سفر القربة كالحج والغزو وهو ظاهر رواية ابن القاسم ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعي وظاهر رواية المدنيين عن مالك *والسبب فى اختلافهم فى هذا هو السبب فى اختلافهم فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وان كان هنالك التعميم لان القصر نقل قولا وفعلا والجمع انما نقل فعلا فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه فى غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى غيره من الاسفار واما الجمع فى الحضر لغير عذر

فان

فان مالكا واكثر الفقهاء لايجيزونه واجاز ذلك جماعة من اهل الظاهر واشهب من اصحاب مالك * وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم حديث ابن عباس فنهم من تاوله على انه كان فى مطر كما قال مالك ومنهم من اخذ بعمومه مطلقاً وقد خرج مسلم زيادة فى حديثه وهو قوله عليه السلام فى غير خوف ولا سفر ولا مطر وبهذا تمسك أهل الظاهر وأما الجمع فى الحضر لعذر المطر فاجازه الشافعي ليلا كان أو نهاراً ومنعه مالك فى النهار واجازه فى الليل واجازه ايضاً فى الليل فى الطين دون المطر فى الليل وقد عذل الشافعي مالكا فى تفريقه من صلاة النهار فى ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث وتاوله اعنى خصص عمومه من جهة القياس وذلك انه قال فى قول ابن عباس جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء فى غير خوف ولا سفر ارى ذلك كان فى مطر قال فلم ياخذ بعموم الحديث ولا بتأويله اعني تخصيصه بل رد بعضه وتاول بعضه وذلك شئ لا يجوز باجماع وذلك انه لم ياخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر واخذ بقوله والمغرب والعشاء وتاوله واحسب ان مالكا رحمه الله انما رد بعض هذا الحديث لانه عارضه العمل فاخذ منه بالبعض الذي لم يعارضه العمل وهو الجمع فى الحضر بين المغرب والعشاء على ما روى ان ابن عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر فى هذا الاصل الذى هو العمل كيف يكون دليلا شرعياً فيه نظر فان متقدمى شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك لا وجه له فان اجماع البعض لا يحتج به وكان متاخروهم يقولون انه من باب نقل التواتر ويحتجون فى ذلك بالصاع وغيره مما نقله اهل المدينة خلفاً عن سلف والعمل انما هو فعل والفعل لا يفيد التواتر الا ان يقترن بالقول فان التواتر طريقه الخبر لا العمل وبان جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والاشبه عندى ان يكون من باب عموم البلوي الذى يذهب اليه ابو حنيفة وذلك انه لا يجوز ان يكون امثال هذه السنن مع تكررها وتكرر وقوع اسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها على اهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفاً عن سلف وهو اقوي من عموم البلوى الذي يذهب اليه ابو حنيفة لان اهل المدينة احرى الا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم ابو حنيفة فى طريق النقل وبالجملة العمل لا يشك انه قرينة اذا اقترنت بالشئ المنقول ان وافقته افادت به غلبة ظن وان خالفته افادت به ضعف ظن فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها اخبار الاحاد الثابتة ففيه نظر وعسى انها تبلغ فى بعض ولا تبلغ فى بعض لتفاضل الاشياء فى شدة عموم البلوى بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها امس وهى كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الاحاد من غير ان ينتشر قولا او عملا فيه ضعف وذلك انه يوجب ذلك أحد امرين اما انها منسوخة واما ان النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كابى المعالى وغيره واما الجمع فى الحضر للمريض فان مالكا اباحه له اذا خاف ان يغمي عليه او كان به بطن ومنع ذلك الشافعى * والسبب في اختلافهم هو اختلافهم فى تعدى علة الجمع فى السفر اعنى المشقة فمن طرد العلة رآ ان هذا من باب الاولى والاحرى وذلك ان المشقة على المريض فى افراد الصلوات اشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة اى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يجز ذلك

الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول فى صلاة الخوف

اختلف العلماء فى جواز صلاة الخوف بعد النبى عليه السلام وفى صفتها فاكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه السلام وعمل الائمة والخلفاء بعده بذلك وشذ ابو يوسف من اصحاب ابى حنيفة فقال لا تصلى صلاة الخوف بعد النبى

صلي الله عليه وسلم بامام واحد وانما تصلى بعده بامامين يصلى واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الاخر بطائفة اخرى وهى الحارسة ركعتين ايضاً وتحرس التى قد صلت *والسبب في اختلافهم هل صلاة النبى باصحابه صلاة الخوف هي عبادة اوهى لمكان فضل النبى صلى الله عليه وسلم فمن رآ انها عبادة لم ير انها خاصة بالنبى عليه السلام ومن رآها لمكان فضل النبى عليه السلام رآها خاصة بالنبى عليه السلام والا فقد كان تمكن ان ينقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبي عليه السلام وتايد عنده هذا التاويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهبت طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه منسوخ بها واما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافا كثيراً لاختلاف الاثار فى هذا الباب اعنى المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات فمن ذلك ما اخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف ان طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتى معه ركعة ثم ثبت قائماً واتموا لانفسهم ثم انصرفوا وجاه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التى بقيت من صلاتهم ثم ثبت جالساً واتموا لانفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعى وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا كمثل حديث يزيد بن رومان انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعي اثر المسند على الموقوف ومالك اثر الموقوف لانه اشبه بالاصول اعنى الا يجلس الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لامتبع وغير مختلف عليه والصفة الثالثة ماورد فى حديث ابي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن ابيه رواه الثورى وجماعة وخرجه ابو داود قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا العدو فصلي بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بازاء العدو ثم جاء الاخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام اولئك مستقبلى العدو ورجع اولئك الى مراتبهم فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وبهذه الصفة قال ابو حنيفة واصحابه ما خلى ابا يوسف على ما تقدم والصفة الرابعة الواردة فى حديث ابن عياش الزرقى قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبنا غفلة لو كنا حملنا عليهم وهم فى الصلاة فانزل الله آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الاخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الاخرون الذين كانوا خلفه ثم تاخر الصف الذى يليه الى مقام الاخرين وتقدم الصف الاخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الاخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذى يليه سجد الاخرون ثم جلسوا جميعاً فسلم بهم جميعاً وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بنى سليم قال ابو داود وروي هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن ابي

موسى وعن هشام بن عروة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثوري وهو احوطها
يريد انه ليس في هذه الصفة كبير عمل مخالف لافعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جملة من اصحاب مالك واصحاب
الشافعي وخرجها مسلم عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم. والصفة الخامسة الواردة في حديث
حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال كنا مع سعيد بن العاصي بطبرستان فقام فقال أيكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه
صلاة الخوف قال حذيفة انا فصلى بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئاً وهذا مخالف للاصل مخالفة كثيرة
وخرج ايضاً عن ابن عباس في معناه انه قال الصلاة على لسان نبيكم في الحضر اربعاً وفي السفر ركعتين وفي الخوف
ركعة واجاز هذه الصفة الثوري. والصفة السادسة الواردة في حديث ابي بكرة وحديث جابر عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الامام
والماموم لكونه متمما وهم مقصرون خرجه مسلم عن جابر. والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي
عليه السلام انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلي بهم ركعة وتكون طائفة
منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فاذا صلى الذين معه ركعة استاخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم
يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لانفسهم ركعة
ركعة بعد ان ينصرف الامام فيكون كل واحدة من الطائفتين قد صلوا ركعتين فان كان خوف اشد من ذلك صلوا رجالا قياماً
على اقدامهم او ركبانا مستقبلي القبلة اوغير مستقبليها وممن قال بهذه الصفة اشهب عن مالك وجماعة وقال ابو عمر
الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا انه ورد بنقل الائمة اهل المدينة وهم الحجة في النقل على من خالفهم وهم ايضاً
مع هذا اشبه بالاصول لان الطائفة الاولى والثانية لم يقضوا الركعة الا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم
من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها في سائر الصلوات واكثر العلماء على ما جاء في هذا الحديث
من انه اذا اشتد الخوف جاز ان يصلوا مستقبلي القبلة وغير مستقبليها وايماء من غير ركوع ولا سجود وخالف
في ذلك ابو حنيفة فقال لا يصلي الخائف الا الى القبلة ولا يصلي احد في حال المسايفة *وسبب الخلاف في ذلك مخالفة
هذا الفعل للاصول وقدراً قوم أن هذه الصفات كلها جائزة وان المكلف ان يصلي ايتهما احب وقد قيل ان هذا
الاختلاف انما كان بحسب اختلاف المواطن.

الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض

وأجمع العلماء على أن المريض مخاطب
باداء الصلاة وانه يسقط عنه فرض القيام اذا لم يستطعه ويصلي جالساً وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود اذا لم
يستطعهما او احدهما ويومي مكانهما واختلفوا فيمن له ان يصلي جالساً وفي هيئة الجلوس وفي هيئة الذي لا يقدر على
الجلوس ولا على القيام فأما من له ان يصلي جالساً فان قوماً قالوا هذا الذي لا يستطيع القيام اصلا وقوم قالوا هو الذي
يشق عليه القيام من المرض وهو مذهب مالك *وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة او مع
عدم القدرة وليس في ذلك نص وأما صفة الجلوس فان قوماً قالوا يجلس متربعاً أعني الجلوس الذي هو بدل من القيام
وكره ابن مسعود الجلوس متربعاً فمن ذهب الى التربيع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد ومن كرهه فلانه ليس
من جلوس الصلاة وأما صفة صلاة الذي لا يقدر على القيام ولا على الجلوس فان قوماً قالوا يصلي مضطجعاً وقوم قالوا
يصلي كيف ما تيسر له وقوم قالوا يصلي مستقبلا رجلاه الى الكعبة وقوم قالوا إن لم يستطع الجلوس صلى على جنبه

فان لم يستطع على جنبه صلى مستلقياً ورجلاه الى القبلة على قدر طاقته وهو الذى اختاره ابن المنذر

الجملة الرابعة

وهذه تشتمل من افعال الصلاة على التى ليست اداء وهذه هى إما اعادة وإما قضاء وإما جبر لما زاد اونقص بالسجود ففى هذه الجملة اذاً ثلاثة ابواب . الباب الاول فى الاعادة . الباب الثانى في القضاء . الباب الثالث في الاجبار الذى يكون بالسجود

الباب الاول

وهذا الباب الكلام فيه فى الاسباب التى تقتضى الاعادة وهى مفسدات الصلاة واتفقوا على أن من صلي بغير طهارة انه يجب عليه الاعادة عمداً كان او نسيانا وكذلك من صلى لغير القبلة عمداً كان ذلك او نسيانا وبالجملة فكل من اخل شرطاً من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الاعادة وانما يختلفون من اجل اختلافهم في الشروط المصححة وهاهنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها فمنها انهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل تقتضى الاعادة من اولها اذا كان قد ذهب منها ركعة اوركعتان قبل طرو الحدث ام تبنى على ما قد مضى من الصلاة فذهب الجمهور الي انه لايبنى لافي حدث ولافي غيره مما يقطع الصلاة الا فى الرعاف فقط ومنهم من رآ انه لايبنى لافى الحدث ولا في الرعاف وهو الشافعى وذهب الكوفيون الى انه يبني فى الاحداث كلها * وسبب اختلافهم انه لم يرد فى جواز ذلك اثر عن النبي عليه السلام وانما صح عن ابن عمر انه رعف في الصلاة فبنا ولم يتوضأ فمن رآ أن هذا الفعل من الصحابى يجرى مجرى التوقيت اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا بقياس اجاز هذا الفعل ومن كان عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس بحدث اجاز البناء في الرعاف فقط ولم يعده لغيره وهو مذهب مالك ومن كان عنده انه حدث اجاز البناء فى سائر الاحداث قياساً على الرعاف ومن رآ أن مثل هذا لايجب ان يصار اليه الابتوقيف من النبى عليه السلام إذ قد انعقد الاجماع أن المصلى اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك إذا فعل فيها فعلا كثيراً لم يبن إذ رعف

المسئلة الثانية

اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شئ بين يدى المصلى اذا صلى لغير سترة او مر بينه وبين السترة فذهب الجمهور الى انه لا يقطع الصلاة شئ وانه ليس عليه اعادة وذهبت طائفة الى انه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود * وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك انه خرج مسلم عن ابى ذر انه عليه السلام قال يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وخرج مسلم والبخارى عن عائشة انها قالت لقد رأيتنى بين يدى رسول الله صلى الله عليه معترضة كاعتراض الجنازة وهو يصلي وروى مثل قول الجمهور عن على وعن ابي ولا خلاف بينهم فى كراهية المرور بين يدى المنفرد والامام اذا صلى لغير سترة او مر بينه وبين السترة ولم يروا باساً ان يمر خلف السترة وكذلك لم يروا باساً ان يمر بين يدى المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال اقبلت راكباً على اتان وانا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس فمررت بين يدى بعض الصفوف فنزلت وارسلت الاتان ترتع ودخلت فى الصف فلم ينكر ذلك على احد وهذا عندهم يجرى مجرى المسند وفيه نظر وانما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدى المصلي لما جاء فيه من الوعيد في ذلك ولقوله عليه السلام فيه فليقاتله فانما هو شيطان

المسئلة الثالثة

اختلفوا في النفخ في الصلاة على ثلاثة اقوال فقوم كرهوه ولم يروا الاعادة على من فعله وقوم اوجبوا الاعادة على من نفخ وقوم فرقوا بين ان يسمع اولا يسمع * وسبب اختلافهم تردد النفخ بين ان يكون كلاماً اولا يكون كلاماً

المسئلة الرابعة

اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا فى التبسم * وسبب اختلافهم تردد التبسم بين ان يلحق بالضحك او

لا يلحق به ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلفوا فى صلاة الحاقن فاكثر العلماء يكرهون ان يصلى الرجل وهو حاقن لما روى من حديث زيد بن ارقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا اراد احدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبي عليه السلام انه قال لا يصلى احدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه الاخبثان يعنى الغائط والبول ولما ورد من النهى عن ذلك عن عمر ايضاً وذهب قوم الى أن صلاته فاسدة وانه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك مايدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك انه روى عنه انه امره بالاعادة في الوقت وبعد الوقت *والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى النهى هل يدل على فساد المنهي عنه ام ليس يدل على فساده وانما يدل على تأثيم من فعله فقط اذا كان اصل الفعل الذى تعلق النهى به واجباً اوجائزاً وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون منهم من يجعله عن ثوبان ومنهم من يجعله عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لمؤمن ان يصلى وهو حقن جداً قال ابو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه

﴿ المسئلة السادسة ﴾ احتلفوا فى رد سلام المصلى عن من سلم عليه فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن ابى الحسن البصرى وقتادة ومنع ذلك قوم بالقول واجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب النعمان واجاز قوم الرد في نفسه وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة *والسبب فى اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم فى الصلاة المنهي عنه ام لا فمن رآ انه من نوع الكلام المنهى عنه وخصص الامر برد السلام فى قوله تعالى وإذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها الآية باحاديث النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد فى الصلاة ومن رآ انه ليس داخلا فى الكلام المنهى عنه او خصص احاديث النهي بالامر برد السلام اجازه فى الصلاة قال ابو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف السنة فانه قد اخبر خبيب أن النبى عليه السلام رد على الذين سلموا عليه وهو فى الصلاة باشارة

﴿ الباب الثاني فى القضاء ﴾

والكلام فى هذا الباب على من يجب القضاء وفى صفة انواع القضاء وفي شروطه فاما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناسى والنائم واختلفوا في العامد والمغمي عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسى والنائم لثبوت قوله عليه السلام وفعله وأعنى بقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث فذكر النائم وقوله اذا نام احدكم عن الصلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها وماروي انه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فقضاها وأما تاركها عمداً حتى يخرج الوقت فان الجمهور على انه آثم وأن القضاء عليه واجب وذهب بعض اهل الظاهر الى انه لا يقضى وانه آثم وأحد من ذهب الى ذلك ابو محمد بن حزم *وسبب اختلافهم في شيئين احدهما في جواز القياس فى الشرع والثانى فى قياس العامد على الناسى اذا سلم جواز القياس فمن رآ انه اذا وجب القضاء على الناسى الذي قد عذره الشرع في اشياء كثيرة فالمتعمد احرى ان يجب عليه لانه غير معذور اوجب القضاء عليه ومن رآ أن الناسى والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضها على بعض إذ احكامها مختلفة وانما تقاس الاشباه لم يجز قياس العامد على الناسى والحق فى هذا انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغاً واما ان جعل من باب الرفق بالناسى والعذر له والا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا ضد الناسى والقياس غير سائغ لان الناسى معذور والعامد غير معذور والاصل أن القضاء لا يجب بامر الاداء وانما يجب بامر مجدد على ما قال المتكلمون لان القاضى قد فاته احد شروط التمكن من وقوع الفعل على

صحته وهو الوقت اذ كان شرطاً من شروط الصحة والتاخير عن الوقت فى قياس التقديم عليه لكن قد ورد الاثر بالناسى والنائم وتردد العامد بين ان يكون شبيهاً اوغير شبيه والله الموفق للحق وأما المغمى عليه فان قوماً اسقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته وقوم اوجبوا عليه القضاء ومن هؤلاء من اشترط القضاء فى عدد معلوم وقالوا يقضى فى الخمس فما دونها *والسبب فى اختلافهم تردده بين النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم اوجب عليه القضاء ومن شبهه بالمجنون اسقط عنه الوجوب وأما صفة القضاء فان القضاء نوعان قضاء لجملة الصلاة وقضاء لبعضها أما قضاء الجملة فالنظر فيه فى صفة القضاء وشروطه ووقته فاما صفة القضاء فهى بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاتان فى صفة واحدة من الفرضية وأما اذا كانت في احوال مختلفة مثل ان يذكر صلاة حضرية في سفر او صلاة سفرية فى حضر فاختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال ،فقوم قالوا انما يقضى مثل الذى عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم قالوا انما يقضي ابداً اربعاً سفرية كانت المنسية اوحضرية فعلى رأى هؤلاء ان ذكر فى السفر حضرية صلاها حضرية وإن ذكر في الحضر سفرية صلاها حضرية وهو مذهب الشافعى وقال قوم انما يقضى ابداً فرض الحال التى هو فيها فيقضى الحضرية في السفر سفرية والسفرية فى الحضر حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعي الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيها فى الصحة او الصحيح يتذكر صلاة نسيها فى المرض أعني أن فرضه هو فرض الصلاة فى الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون اوجب للمقضية صفة المنسية وأما من اوجب ان يقضى ابداً حضرية فراعي الصفة فى احدها والحال فى الاخرى أعنى انه اذا ذكر الحضرية فى السفر راعي صفة المقضية وإذا ذكر السفرية في الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس الا ان يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فيمن يرى القصر رخصة *وأما شروط القضاء ووقته فان من شروطه الذى اختلفوا فيه الترتيب وذلك أنهم اختلفوا فى وجوب الترتيب فى قضاء المنسيات أعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت اكثر من صلاة واحدة فذهب مالك إلى ان الترتيب واجب فيها فى الخمس صلوات فما دونها وانه يبدأ بالمنسية وإن فات وقت الحاضرة حتى انه قال إن ذكر المنسية وهو فى الحاضرة فسدت الحاضرة عليه وبمثل ذلك قال ابو حنيفة والثورى الا انهم رأوا الترتيب واجباً مع اتساع وقت الحاضرة واتفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعي لا يجب الترتيب وان فعل ذلك اذا كان فى الوقت متسع فحسن يعنى فى وقت الحاضرة *والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب واختلافهم فى تشبيه القضاء بالاداء فاما الآثار فانه ورد فى ذلك حديثان متعارضان أحدهما ماروى عنه عليه السلام انه قال من نسى صلاة وهو مع الامام فى اخرى فليصل مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التى نسي ثم ليعد الصلاة التى صلى مع الامام وأصحاب الشافعى يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبي عليه السلام قال اذا نسى احدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة فليتم التى هو فيها فاذا فرغ منها قضى التى نسى والحديث الصحيح في هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه السلام اذا نام احدكم عن الصلاة او نسيها الحديث .وأما اختلافهم فى جهة تشبيه القضاء بالاداء فان من رآ أن الترتيب فى الاداء انما لزم من اجل ان اوقاتها المختصة بصلاة منها هي مرتبة فى نفسها اذ كان الزمان لا يعقل الا مرتباً لم يلحق بها القضاء لانه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رآ أن الترتيب فى الصلوات المؤداة هو فى الفعل وان كان الزمان واحداً مثل الجمع بين الصلاتين فى وقت إحداهما شبه القضاء بالاداء وقد رأت المالكية

ان

ان توجب الترتيب للمقضية من جهة الوقت لامن جهة الفعل لقوله عليه السلام فليصلها اذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب ان تفسد عليه الصلاة التى هو فيها فى ذلك الوقت وهذا لا معنى له لانه انكان وقت الذكر وقتاً للمنسية فهو بعينه ايضاً وقت للحاضرة او وقت للمنسيات اذا كانت اكثر من صلاة واحدة واذا كان الوقت واحداً فلم يبق ان يكون الفساد الواقع فيها الامن قبل الترتيب بينها كالترتيب الذى يوجد فى اجزاء الصلاة الواحدة فانه ليس احدى الصلاتين احق بالوقت من صاحبتها اذ كان وقتاً لكليهما الاان يقوم دليل الترتيب وليس هاهنا عندى شيء يمكن ان يجعل اصلا فى هذا الباب لترتيب المنسيات الا الجمع عند من سلمه فان الصلوات المؤداة اوقاتها مختلفة والترتيب فى القضاء انما يتصور فى الوقت الواحد بعينه للصلاتين معاً فافهم هذا فان فيه خصوصاً وأظن مالكا رحمه الله انما قاس ذلك على الجمع وانما صار الجميع الى استحسان الترتيب فى المنسيات إذ لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه السلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتباً وقد احتج بهذا من اوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فان هذا منسوخ وايضاً فانه كان تركا لعذر وأما التحديد فى الخمس فمادونها فليس له وجه الاان يقال إنه اجماع فهذا حكم القضاء الذى يكون فى فوات جملة الصلاة وأما القضاء الذى يكون في فوات بعض الصلوات فمنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الامام للماموم أعنى ان يفوت الماموم بعض صلاة الامام فاما اذا فات الماموم بعض الصلاة فان فيه مسائل ثلاثا قواعد أحدها متى تفوت الركعة والثانية هل اتيانه بمافاته بعد سلام الامام اداء اوقضاء والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لايلزمه ذلك امامتى تفوته الركعة فان فى ذلك مسئلتين ، إحداهما اذا دخل والامام قد اهوى الى الركوع، والثانية إذا كان مع الامام في الصلاة فمنها ان يتبعه فى الركوع اومنعه عن ذلك ما وقع من زحام اوغيره

﴿أما المسئلة الاولى﴾

فان فيها ثلاثة اقوال ، أحدها وهو الذى عليه الجمهور انه اذا ادرك الامام قبل ان يرفع رأسه من الركوع ويركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاؤها وهؤلاء اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة للاحرام وتكبيرة للركوع او يجزيه تكبيرة الركوع وان كانت تجزيه فهل من شرطها ان ينوى بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تجزيه اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعى والاختيار عندهم تكبيرتان وقال قوم لابد من تكبيرتين وقال قوم تجزى واحدة وان لم ينو بها تكبيرة الافتتاح والقول الثاني انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لايدركها مالم يدركه قائماً وهو منسوب الى ابى هريرة والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الاخر وقد رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم فادرك ذلك انه يجزيه لان بعضهم ايمة لبعض وبه قال الشعبي *وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين ان يدل على الفعل نفسه الذي هو الانحناء فقط اوعلى الانحناء والوقوف معاً وذلك انه قال عليه السلام من ادرك من الصلاة ركعة فقد ادرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معاً قال إذا فاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكا للركعة والاشتراك الذى عرض لهذا الاسم انما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى وذلك أن اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعا على القيام والركوع والسجود فمن رآ أن اسم الركعة ينطلق فى قوله عليه السلام من أدرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الاخر ببعض ماتدل عليه الاسماء قال لابد ان يدرك مع الامام الثلاثة الاحوال أعنى القيام والانحناء

والسجود ويحتمل ان يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط ان يكون اعتبر اكثر مايدل عليه الاسم هاهنا لان من ادرك الانحناء فقد ادرك منها جزءين ومن فاته الانحناء انما ادرك منها جزءاً واحداً فقط فعلى هذا يكون الخلاف آئلا الى اختلافهم فى الاخذ ببعض دلالة الاسماء او بكلها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعاً وأما من اعتبر ركوع من فى الصف من المامومين فلان الركعة من الصلاة قد تضاف الى الامام فقط وقد تضاف الى الامام والمامومين فسبب الاختلاف هو الاحتمال في هذه الاضافة أعنى قوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة وماعليه الجمهور اظهر * وأما اختلافهم فى هل تجزيه تكبيرة واحدة او تكبيرتان أعنى الماموم اذا دخل في الصلاة والامام راكع فسببه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يوتي بها واقفاً ام لا فمن رآ أن من شرطها الموضع الذى تفعل فيه تعلقاً بالفعل أعنى فعله عليه السلام وكان يري أن التكبير كله فرض قال لابد من تكبيرتين ومن رآ أنه ليس من شرطها الموضع تعلقاً بعموم قوله عليه السلام وتحريمها التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هى فقط الفرض قال يجزيه ان ياتى بها وحدها وأما من اجاز ان ياتى بتكبيرة واحدة وإن لم ينوبها تكبيرة الاحرام فقيل يبني على مذهب من يري أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما ينبنى على مذهب من يجوز تاخير نية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس معنى ان ينوى تكبيرة الاحرام الامقارنة النية للدخول في الصلاة لأن تكبيرة الإحرام لها وصفان النية المقارنة والاولية أعنى وقوعها فى اول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لابد من النية المقارنة ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي اذا سهى عن اتباع الامام فى الركوع حتى سجد الامام فان قوماً قالوا اذا فاته ادراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاؤها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا امكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة الثانية وقوم قالوا يتبعه ويعتد بالركعة مالم يرفع الامام رأسه من الانحناء فى الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لاصحاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين ان يكون عن نسيان او ان يكون عن زحام وبين ان يكون في جمعة اوفى غير جمعة وبين اعتبار ان يكون الماموم عرض له هذا فى الركعة الاولى اوفى الركعة الثانية وليس قصدنا تفصيل المذهب ولاتخريجه وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل واصولها فنقول إن سبب الاختلاف فى هذه المسئلة هو هل من شرط فعل الماموم ان يقارن فعل الامام اوليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو فى جميع اجزاء الركعة الثلاثة أعنى القيام والانحناء والسجود أم انما هو شرط فى بعضها ومتي يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلاف عليه أعنى ان يفعل هو فعلا والامام فعلا ثانياً فمن رآ أنه شرط في كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة أعنى ان يقارن فعل الماموم فعل الامام والا كان اختلافاً عليه وقد قال عليه السلام فلا تختلفوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزءاً يسيراً لم يعتد بالركعة ومن اعتبره في بعضها قال هو مدرك للركعة اذا ادرك فعل الركعة قبل ان يقوم الي الركعة الثانية وليس ذلك اختلافاً عليه فاذا قام الي الركعة الثانية فان اتبعه فقد اختلف عليه في الركعة الاولى وأما من قال إنه يتبعه مالم ينحن فى الركعة الثانية فانه رآ انه ليس من شرط فعل الماموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه ان يكون بعده فقط وانما اتفقوا على أنه اذا قام من الانحناء فى الركعة الثانية انه لايعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لانه يكون فى حكم الاولى والامام فى حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ من المسائل الثلاثة الاول التى هى اصول هذا الباب وهل اتيان

المأموم بما فاته من الصلاة مع الامام اداء اوقضاء فان فى ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا إن ما ياتى له بعد سلام الامام هو قضاء وأن ما ادرك ليس هو اول صلاته وقوم قالوا ان الذى ياتي به بعد سلام الامام هو اداء وأن ما ادرك هو اول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والافعال فقالوا يقضى فى الاقوال يعنون فى القراءة ويبنى فى الافعال يعنون الاداء فمن ادرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول أعني مذهب القضاء قام اذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فيهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما وعلى المذهب الثانى أعنى على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بام القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم إلى ركعة ثانية يقرأ فيها ايضاً بام القرآن وسورة وقد نسبت الاقاويل الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضى في الاقوال ويبنى فى الافعال لانه لم يختلف قوله في المغرب انه اذا ادرك منها ركعة انه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلف فى قوله انه يقضى بام القرآن وسورة *وسبب اختلافهم انه ورد فى بعض رواية الحديث المشهور فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا والاتمام يقتضى ان يكون ما ادرك هو اول صلاته وفى بعض رواياته فما ادركتم فصلوا ومافاتكم فاقضوا والقضاء يوجب أن ما ادرك هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب الاتمام قال ما ادرك هو اول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما ادرك هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء فى الاقوال والاداء فى الافعال وهو ضعيف أعني ان يكون بعض الصلاة اداء وبعضها قضاء واتفاقهم على وجوب الترتيب في اجزاء الصلاة وعلى أن موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة ففيه دليل واضح على أن ما ادرك هو اول صلاته لكن تختلف نية المأموم والامام فى الترتيب فتأمل هذا ويشبه ان يكون هذا هو احد ما راعاه من قال ما ادرك فهي آخر صلاته

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾

من المسائل الاول وهو متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام في الاتباع فان فيه مسائل .إحداها متى يكون مدركا لصلاة الجمعة .والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو أعنى سهو الامام .والثالثة متي يلزم المسافر ورآء امام يتم الاتمام اذا ادرك من صلاة الامام بعضها

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾

فان قوماً قالوا اذا ادرك ركعة من الجمعة فقد ادرك الجمعة ويقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعى فان ادرك اقل صلى ظهراً اربعاً وقوم قالوا بل يقضى ركعتين ادرك منها ما ادرك وهو مذهب ابى حنيفة *وسبب الخلاف في هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام ومافاتكم فاتموا اوجب ان يقضى ركعتين وان ادرك منها اقل من ركعتين ومن كان المحذوف عنده في قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة أى فقد ادرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من ادرك اقل من من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف فى هذا القول محتمل فانه يمكن ان يراد به فضل الصلاة ويمكن ان يراد به وقت الصلاة ويمكن ان يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز فى احدها اظهر منه فى الثانى فان كان الامر كذلك كان من باب المجمل الذى لايقتضى حكماً وكان الاخر بالعموم اولي وان سلمنا انه اظهر فى احد هذه المحذوفات وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضاً للعموم الامن باب دليل الخطاب والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبنى على المحتمل اوالظاهر وأما من يرى إن قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة انه يتضمن جميع هذه المحذوفات

فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الان يتقرر أن هنالك اصطلاحا عربياً اوشرعياً .وأما مسئلة اتباع المأموم للامام في السجود أعني في سجود السهو فان قوماً اعتبروا فى ذلك الركعة أعنى ان يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا في ذلك فمن لم يعتبر ذلك قصيراً الى عموم قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به ومن اعتبر ذلك قصيراً الى مفهوم قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة ولذلك ما اختلفوا فى المسئلة الثالثة فقال قوم إن المسافر اذا ادرك من صلاة الامام الحاضر اقل من ركعة لم يتم واذا ادرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذى يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذي يكون للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منها ركناً فهو يقضى أعنى فريضة وانه ليس يجزى منه الا الاتيان به وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم اوجب فيها القضاء وبعضهم اوجب فيها الاعادة مثل من نسى اربع سجدات من اربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوماً قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ماقبلها من الركعات ثم ياتي بها وهو قول مالك وقوم قالوا تبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الاعادة وهى إحدى الروايتين عن احمد بن حنبل وقوم قالوا ياتي باربع سجدات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال ابو حنيفة والثورى والاوزاعي وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعتد بسجدتين وهو مذهب الشافعى *وسبب الخلاف فى هذا مراعاة الترتيب فمن راعاه فى الركعات والسجدات ابطل الصلاة ومن راعاه فى السجدات ابطل الركعات ماعدى الاخيرة قياساً على قضاء مافات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب اجاز سجودها معاً في ركعة واحدة لاسيما اذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجباً فى الفعل المكرر فى ركعة ركعة أعنى السجود وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكرر فزعم اصحاب ابى حنيفة أن السجود لما كان مكرراً لم يجب ان يراعي فيه التكرير فى الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف اصحاب مالك فيمن نسى قراءة ام القرآن من الركعة الاولي فقيل لا يعتد بالركعة ويقضيها وقيل يعيد الصلاة وقيل سجد للسهو وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا هاهنا الا ما يجرى مجرى الاصول

﴿الباب الثالث من الجملة الرابعة في سجود السهو﴾ والسجود المنقول في الشريعة فى احد موضعين اما عند الزيادة او النقصان اللذين يقعان في افعال الصلاة واقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد وأما عند الشك فى افعال الصلاة فاما السجود الذى يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر فى ستة فصول. الفصل الاول في معرفة حكم السجود .الثاني في معرفة مواضعه من الصلاة .الثالث فى معرفة الجنس من التي يسجد لها. الرابع فى صفة سجود السهو .الخامس فى معرفة من يجب عليه سجود السهو .السادس بماذا ينبه المأموم الامام الساهى على سهو ﴿الفصل الاول﴾ اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض اوسنة فذهب الشافعى الى انه سنة وذهب ابو حنيفة الى انه فرض لكن من شرط صحة الصلاة وفرق مالك بين السجود للسهو فى الافعال وبين السجود للسهو فى الاقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذى يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا فى المشهور وعنه ان سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب * والسبب في اختلافهم اختلافهم فى حمل افعاله عليه السلام فى ذلك على الوجوب او على الندب فاما ابو حنيفة فحمل افعاله عليه السلام فى السجود على الواجب اذ كان هو الاصل عندهم اذ جاء تبيانا لواجب كما قال عليه السلام صلوا كما رأيتموني اصلى وأما الشافعى

فحمل افعاله فى ذلك على الندب وأخرجها عن الاصل بالقياس وذلك انه لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب واما مالك فتاكدت عنده الافعال اكثر من الاقوال لكونها من صلب الصلاة اكثر من الاقوال أعنى ان الفروض التى هى افعال هى اكثر من فروض الاقوال فكانه رآ ان الافعال اكثر من الاقوال وان كان ليس ينوب سجود السهو الاعما كان منها ليس بفرض وتفريقه أيضاً بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من اجزاء الصلاة وسجود الزيادة كانه استغفار لابدل

الفصل الثاني

اختلفوا فى مواضع سجود السهو على خمسة أقوال فذهبت الشافعية الى ان سجود السهو موضعه ابدا قبل السلام وذهبت الحنفية الى ان موضعه ابدا بعد السلام وفرقت المالكية فقالت ان كان السهو لنقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجوده فى غير تلك المواضع يسجد له ابدا قبل السلام وقال أهل الظاهر لا يسجد للسهو الا فى المواضع الخمسة التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك ان كان فرضاً أتى به وان كان ندبا فليس عليه شئ *والسبب فى اختلافهم انه عليه السلام ثبت عنه انه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك انه ثبت من حديث ابن بحينة انه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضاً انه سجد بعد السلام فى حديث ذى اليدين المتقدم اذ سلم من اثنين فذهب الذين جوزوا القياس فى سجود السهو أعنى الذين رأوا تعدية الحكم فى المواضع التى سجد فيها عليه السلام الى اشباهها فى هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح والثانى مذهب الجمع والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فمن رجح حديث ابن بحينة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبي سعيد الخدرى الثابت انه عليه السلام قال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر كم صلى اثلاثا ام أربعاً فليصل ركعة ويسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فان كانت الركعة التى صلاها خامسة شفعها بهاتين السجدتين وان كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا ففيه السجود للزيادة قبل السلام لانها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضاً بما روى ابن هشام انه قال كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام واما من رجح حديث ذى اليدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بان حديث ابن بحينة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة انه عليه السلام قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله فى النقل فيعارض بمثله واحتجوا أيضاً لذلك بحديث ابن مسعود الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى خمساً ساهياً وسجد لسهوه بعد السلام واما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا ان هذه الاحاديث لا تتناقض وذلك ان السجود فيها بعد السلام انما هو فى الزيادة والسجود قبل السلام فى النقصان فوجب ان يكون حكم السجود فى سائر المواضع كما هو فى هذا الموضع قالوا وهو اولى من حمل الاحاديث على التعارض واما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فان ذلك هو حكم تلك المواضع واما المواضع التى لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه

وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكأنه قاس على المواضع التى سجد فيها عليه السلام قبل السلام ولم يقس على المواضع التى سجد فيها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التى سجد فيها على ما سجد فيها فمن جهة أنه ابقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغايرة الاحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة انه عدى مفهوم بعضها دون بعض والحق به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أعنى انه قاس على السجود الذى قبل السلام ولم يقس على الذى بعده واما من لم يفهم من هذه الافعال حكماً خارجا عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر فاقتصروا بالسجود على هذه المواضع فقط وأما احمد بن حنبل فجاء نظره مختلطاً من نظر اهل الظاهر ونظر أهل القياس وذلك انه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التى ورد فيها الاثر ولم يعده وعدي السجود الذى ورد في المواضع التى قبل السلام ولكل واحد من هؤلاء ادلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أعني لاصحاب القياس وليس قصدنا فى هذا الكتاب في الاكثر ذكر الخلاف الذى يوجبه القياس كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها في الشرع الا في الاقل وذلك اما من حيث هى مشهورة واصل لغيرها واما من حيث هى كثيرة الوقوع والمواضع الخمسة التى سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها انه قام من اثنتين على ما جاء فى حديث ابن بحينة والثاني انه سلم من اثنتين على ما جاء فى حديث ذى اليدين والثالث انه صلي خمساً على ما فى حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخارى والرابع انه سلم من ثلاث على ما في حديث عمران ابن الحصين والخامس السجود عن الشك على ما جاء فى حديث أبي سعيد الخدرى وسياتي بعد واختلفوا لما ذا يجب سجود السهو فقيل يجب للزيادة والنقصان وهو الاشهر وقيل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعي

الفصل الثالث

فاما الاقوال والافعال التى يسجد لها فان القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة وقعت في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على ان السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض ودون الرغائب فالرغائب لا شئ عندهم فيها أعنى اذا سها عنها فى الصلاة مالم يكن اكثر من رغيبة واحدة مثل مايرى مالك انه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب من أكثر من واحدة واما الفرائض فلا يجزى عنها الا الاتيان بها وجبرها اذا كان السهو عنها مما لا يوجب اعادة الصلاة باسرها على ما تقدم فيما يوجب الاعادة وما يوجب القضاء أعنى على من ترك بعض اركان الصلاة وأما سجود السهو للزيادة فانه يقع عند الزيادة فى الفرائض والسنن جميعاً فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وانما يختلفون من قبل اختلافهم فيما منها فرض او ليس بفرض وفيما هو منها سنة اوليس بسنة اوفيما هو منها سنة او رغيبة مثال ذلك ان عند مالك ليس يسجد لترك القنوت لانه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعي لانه عنده سنة ولن يخفى عليك هذا مما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ماهو سنة اوفريضة اورغيبة وعند مالك وأصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة في الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة وينبغى ان تعلم ان السنة والرغيبة هى عندهم من باب الندب وانما تختلفان عندهم بالاقل والاكثر أعنى في تاكيد الامر بها وذلك راجع الى قراين أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم فى هذا الجنس كثيراً حتى ان بعضهم يرى ان فى بعض السنن ما اذا تركت عمداً ان كانت فعلا اوفعلت عمداً ان كانت تركا ان حكمها حكم الواجب أعنى فى تعلق الاثم بها وهذا موجود كثيراً لاصحاب مالك وكذلك تجدهم قد اتفقوا ماخلى أهل الظاهر على ان تارك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لو ترك انسان الوتر أو ركعتى الفجر دائما

لكان

لكان مفسقاً آثماً فكان العبادات بحسب هذا النظر منها ما هى فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ماهى سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتى الفجر وما اشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ماحكيناه عن مالك من ايجاب السجود لاكثر من تكبيرة واحدة أعنى للسهو عنها ولا يكون فيما أحسب عند هؤلاء سنة بعينها وجنسها وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هى سنن بعينها لقوله عليه السلام للاعرابى الذى سأله عن فروض الاسلام افلح ان صدق دخل الجنة ان صدق وذلك بعد ان قال له والله لا ازيد على هذا ولا انقص منه يعنى الفرائض وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا فيها هل هى فرض أو سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام اذا سبح به اليها اوليس يرجع وان رجع فمتى يرجع فقال الجمهور يرجع مالم يستو قائما وقال قوم يرجع مالم تعقد الركعة الثالثة وقال قوم لا يرجع ان فارق الارض قيد شبر واذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته

﴿الفصل الرابع﴾

واماصفة سجود السهو فانهم اختلفوا فى ذلك فرآ مالك ان حكم سجدتى السهو اذا كانت بعد السلام ان يتشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام واذا كانت قبل السلام ان يتشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعى اذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقد روى عن مالك انه لا يتشهد للتى قبل السلام وبه قال جماعة قال أبو عمر اما السلام من التى بعد السلام فثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا احفظه من وجه ثابت *وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم فى تصحيح ماورد من ذلك فى حديث ابن مسعود أعنى من انه عليه السلام تشهد ثم سلم وتشبيه سجدتى السهو بالسجدتين الاخريين من الصلاة فمن شبههابها لم يوجب لها التشهد وبخاصة اذا كانت فى نفس الصلاة وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء فى هذه المسئلة على ستة اقوال فقالت طائفة لا تشهد فيها ولا تسليم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تشهداً وتسليما وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسليم وبه قال الحكم وحماد والنخعى وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تسليما وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء والسادس قول أحمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام تشهد وان تشهد قبل السلام لم يتشهد وهو الذى حكيناه نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت انه كبر فيها اربع تكبيرات وانه سلم وفى ثبوت تشهده فيها نظر

﴿الفصل الخامس﴾

اتفقوا على ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا فى المأموم يسهوا وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور الى أن الامام يحمل عنه السهو وشذ مكحول فالزمه السجود فى خاصة نفسه *وسبب اختلافهم اختلافهم فيما يحمل الامام من الاركان عن المأموم وما لا يحمله واتفقوا على ان الامام اذا سها ان المأموم يتبعه فى سجود السهو وان لم يتبعه فى سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم اذا فاته مع الامام بعض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعى والشعبى وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى وقال قوم يقضى ثم يسجد وبه قال ابن سيرين واسحاق وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجدهما معه وان سجد بعد التسليم سجدهما بعد ان يقضى وبه قال مالك والليث والاوزاعى وقل قوم يسجدهما مع الامام ثم يسجدهما ثانية بعد

القصاء وبه قال الشافعي *وسبب اختلافهم اختلافهم أى أولى واخلق ان يتبعه فى السجود مصاحباً له أوفي آخر صلاته
فكانهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعها للماموم
هو موضع السجود أعنى في آخر الصلاة أوموضعها هو وقت سجود الامام فمن أثر مقارنة فعله لفعل الامام على
موضع السجود ورآ ذلك شرطاً في الاتباع أعنى ان يكون فعلهما واحداً حقاً قال يسجد مع الامام وان لم يات بها
فى موضع السجود ومن اثر موضع السجود قال يؤخرها الي آخر الصلاة ومن أوجب عليه الامرين أوجب عليه
السجود مرتين وهو ضعيف

الفصل السادس

واتفقوا على ان السنة لمن سها فى صلاته
ان يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه السلام انه قال مالى أراكم اكثرتم من التصفيق من نابه شئ فى صلاته
فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا فى النساء فقال مالك وجماعة ان التسبيح للرجال
والنساء وقال الشافعى وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق *والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه
السلام وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى معنى ذلك ان التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء
يصفقن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسبيح سواء وفيه ضعف لانه خروج
عن الظاهر بغير دليل الا ان يقاس المرأة فى ذلك على الرجل والمرأة كثير ما يخالف حكمها فى الصلاة حكم
الرجل ولذلك يضعف القياس وأما سجود السهو الذى هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فيمن شك فى صلاته
فلم يدركم صلى اواحدة أواثنتين أوثلاثا أوأربعاً على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبنى على اليقين وهو الاقل ولا يجزيه
التحرى ويسجد سجدتي السهو وهو قول مالك والشافعى وداود وقال أبو حنيفة ان كان أول أمره فسدت صلاته
وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام وقالت طائفة انه ليس عليه اذا
شك لا رجوع الى يقين ولا تحر وانما عليه السجود فقط اذا شك *والسبب فى اختلافهم تعارض ظواهر الآثار
الواردة فى هذا الباب وذلك ان فى هذا الباب ثلاثة آثار أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبى سعيد
الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدركم صلى أثلاثا أم اربعاً فليطرح
الشك ولبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل ان يسلم فان كان صلى خمساً شفعن له صلاته وان كان صلى اتماما
لاربع كانتا ترغيما للشيطان خرجه مسلم والثانى حديث ابن مسعود ان النبى عليه السلام قال اذا سها أحدكم فى
صلاته فليتحر وليسجد سجدتين وفى رواية اخرى عنه فلينظر احرى ذلك الى الصواب ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتي
السهو ويتشهد ويسلم والثالث حديث أبى هريرة خرجه مالك والبخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
ان أحدكم اذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدرى كم صلى فاذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين
وهو جالس وفى هذا المعنى أيضاً حديث عبد الله بن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
من شك فى صلاته فليسجد سجدتين بعدما يسلم فذهب الناس فى هذه الاحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح
والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت الى المعارض ومنهم من رام تاويل المعارض وصرفه الى الذى رجح ومنهم
من جمع الامرين أعنى جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح الى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها واسقط حكم البعض
فاما من ذهب مذهب الجمع فى بعض والترجيح فى بعض مع تاويل غير المرجح الى المرجح فمالك بن أنس فانه حمل
حديث أبى سعيد الخدرى على الذى لم يستنكحه الشك وحمل حديث أبي هريرة على الذى يغلب عليه الشك

ويستنكحه

ويستنكحه وذلك من باب الجمع وتاول حديث ابن مسعود على ان المراد بالتحرى هنالك هو الرجوع الى اليقين مانبتت على مذهبه الاحاديث كلها واما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها واسقاط البعض وهو الترجيح وغير تاويل المرجح عليه فابو حنيفة فانه قال ان حديث ابي سعيد انما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذى عنده ظن غالب واسقط حكم حديث أبى هريرة وذلك انه قال ما فى حديث ابى سعيد وابن مسعود زيادة والزيادة يجب قبولها والاخذ بها وهذا أيضاً كانه ضرب من الجمع واما الذى رجح بعضها واسقط حكم البعض فالذين قالوا انما عليه السجود فقط وذلك ان هؤلاء رجحوا حديث أبى هريرة واسقطوا حديث أبى سعيد وابن مسعود ولذلك كان اضعف الاقوال فهذا ما رأينا ان نثبته في هذا القسم من قسمى كتاب الصلاة وهو القول فى الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول في القسم الثانى من الصلاة الشرعية وهى الصلوات التى ليست فروض عين

﴿ كتاب الصلاة الثاني ﴾

ولان الصلاة التى ليست بمفروضة على الاعيان منها ماهى سنه ومنها ماهى نفل ومنها ماهى فرض على الكفاية وكانت هذه الاحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ماهو مختلف فيه رأينا ان نفرد القول فى واحدة واحدة من هذه الصلاة وهى بالجملة عشر ركعتا الفجر والوتر والنفل وركعتا دخول المسجد والقيام فى رمضان والكسوف والاستسقاء والعيدان وسجود القرآن فانه صلاة ما يشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة فى باب احكام الميت على ما جرت به عادة الفقهاء وهو الذى يترجمونه بكتاب الجنائز

﴿ الباب الاول ﴾

القول فى الوتر

واختلفوا فى الوتر في خمسة مواضع منها في حكمه ومنها فى صفته ومنها فى وقته ومنها فى القنوت فيه ومنها فى صلاته على الراحلة اما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة واما صفته فان مالكا رحمه الله استحب أن يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير ان يفصل بينها بسلام وقال الشافعى الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الاقاويل سلف من الصحابة والتابعين *والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار في هذا الباب وذلك انه ثبت عنه عليه السلام من حديث عائشة أنه كان يصلى من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدركك فاوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه السلام كان يصلى ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لايجلس فى شئ إلا في آخرها وخرج أبو داود عن أبي أيوب الانصارى أنه عليه السلام قال الوتر حق على كل مسلم فمن احب ان يوتر بخمس فليفعل ومن احب ان يوتر بثلاث فليفعل ومن احب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبو داود انه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر باربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بانقص من سبع ولا باكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبى عليه السلام أنه قال المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء فى هذه الاحاديث مذهب الترجيح فمن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة فصيراً إلى قوله عليه السلام فاذا خشيت الصبح فاوتر بواحدة والى حديث عائشة انه كان يوتر بواحدة ومن ذهب الى ان الوتر ثلاث من غير ان يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح له ان يحتج بشئ مما فى هذا الباب لانها كلها تقتضى التخيير ما عدى حديث ابن عمر أنه قال عليه السلام المغرب وتر صلاة النهار فان لابى حنيفة ان يقول انه إذا شبه شئ بشئ

وجعل حكمهما واحداً كان المشبه به احرى ان يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثا وجب ان يكون وتر صلاة الليل ثلاثا وأما مالك فانه تمسك فى هذا الباب بانه عليه السلام لم يوتر قط الا فى اثر شفع فرآ ان ذلك من سنة الوتر وان اقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة اما ان يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها ان يتقدمها شفع واما ان يرى ان الوتر المامور به هو يشتمل على شفع ووتر فانه إذا زيد على الشفع وتر صار الكل وتراً ويشهد لهذا المذهب حديث عبد الله بن قيس المتقدم فانه سمي الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لاعتقاده ان الوتر هو الركعة الواحدة انه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شئ وأى شئ يوتر له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم توتر له ما قد صلى فان ظاهر هذا القول انه كان يرى ان الوتر الشرعي هو العدد الوتر بنفسه أعنى الغير مركب من الشفع والوتر وذلك ان هذا هو وتر لغيره وهذا التاويل عليه أولى والحق في هذا ان ظاهر هذه الاحاديث تقتضى التخيير فى صفة الوتر من الواحدة الى التسع على ماروي ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر انما هو في هل من شرط الوتر ان يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبه ان يقال ذلك من شرطه لانه هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبه ان يقال ليس ذلك من شرطه لان مسلماً قد خرج انه عليه السلام كان إذا انتهي الى الوتر ايقظ عائشة فاوترت وظاهره انها كانت توتر دون ان تقدم على وترها شفعاً وأيضاً فانه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله صلي الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا يسلم إلا فى التاسعة ثم يصلى ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة فلما أسن وأخذ اللحم اوتر بسبع ركعات لم يجلس إلا في السادسة والسابعة ولم يسلم إلا في السابعة ثم يصل ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشفع ففيه حجة على انه ليس من شرط الوتر ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ماروى أبو داود عن أبي بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بسبح اسم ربك الاعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله وقالت فى الثالثة بقل هو الله احد والمعوذتين واما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه السلام ومن أثبت مافي ذلك ماخرجه مسلم عن أبي بصرة العرفى ان ابا سعيد أخبرهم أنهم سألوا النبى صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال اوتر قبل الصبح واختلفوا في جواز صلاته بعد الفجر فقوم منعوا ذلك وقوم اجازوه مالم يصل الصبح وبالقول الاول قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وسفيان الثورى وبالثانى قال مالك والشافعى وأحمد *وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة فى ذلك للآثار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة فى ذلك الا يجوز ان يصلى بعد الصبح كحديث أبى بصرة المتقدم وحديث أبن حذافة العدوى نص في هذا خرجه أبو داود وفيه وجعلها الله لكم ما بين صلاة العشاء إلي أن يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الاصول ان ما بعد الى بخلاف ما قبلها اذا كانت غاية وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من انواعه المتفق عليها مثل قوله وأتموا الصيام إلي الليل وقوله إلى المرفقين لا خلاف بين العلماء انما بعد الغاية بخلاف الغاية واما العمل المخالف فى ذلك للأثر فانه روى عن ابن مسعود وعبادة بن الصامت وحذيفة وأبى الدرداء وعائشة انهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يروعن غيرهم من الصحابة خلاف هذا وقد رآ قوم ان مثل هذا هو داخل فى باب الاجماع ولا معنى لهذا فانه ليس ينسب الى ساكت قول قائل أعنى انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف له

قول فى المسئلة واما هذه المسئلة فكيف يصح ان يقال انه لم يرو فى ذلك خلاف عن الصحابة وأي خلاف اعظم من خلاف الصحابة الذين رأوا هذه الاحاديث أعنى خلافهم لهؤلاء الذين اجازوا صلاة الوتر بعد الفجر والذى عندى في هذا ان هذا من فعلهم ليس مخالفاً للآثار الواردة في ذلك أعنى فى اجازتهم الوتر بعد الفجر بل اجازتهم ذلك هو من باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاتها بعد الفجر من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم فى هل القضاء فى العبادة الموقتة يحتاج إلى أمر جديد أم لا أعنى غير امر الاداء وهذا التاويل بهم اليق فان اكثر مانقل عنهم هذا المذهب من انهم ابصروا يقضون الوتر قبل الصلاة وبعد الفجر وان كان الذى نقل عن ابن مسعود فى ذلك قول أعنى أنه كان يقول ان وقت الوتر من بعد العشاء الاخرة الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان يظن بجميع من ذكرناه من الصحابة انه يذهب هذا المذهب من قبل انه ابصر يصلي الوتر بعد الفجر فينبغى ان تتأمل صفة النقل فى ذلك عنهم وقد حكي ابن المنذر في وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان المشهوران اللذان ذكرتهما والقول الثالث انه يصلي الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاووس والرابع انه يصليها وإن طلعت الشمس وبه قال أبو ثور والاوزاعى والخامس انه يوتر من الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم في تاكيده وقربه من درجة الفرض فمن رآه اقرب اوجب القضاء فى زمان ابعد من الزمان المختص به ومن رآه ابعد اوجب القضاء في زمان أقرب ومن رآه سنة كسائر السنن ضعف عنده القضاء اذا القضاء انما يجب فى الواجبات وعلى هذا يجئ اختلافهم في قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغى الايفرق في هذا بين الندب والواجب أعني ان من رآ ان القضاء فى الواجب يكون بامر متجدد ان يعتقد مثل ذلك فى الندب ومن رآ انه يجب بالامر الاول ان يعتقد مثل ذلك فى الندب وأما اختلافهم في القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى انه يقنت فيه ومنعه مالك واجازه الشافعى فى احد قوليه فى النصف الاخر من رمضان واجازه قوم فى النصف الاول من رمضان وقوم في رمضان كله * والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الآثار وذلك أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقاً وروى عنه القنوت شهراً وروى عنه ان آخر امره لم يكن يقنت في شئ من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدمت المسئلة هذه واما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه السلام أعنى انه كان يوتر على الراحلة وهو ومما يعتمدونه في الحجة على انها ليست بفرض اذ كان قد صح عنه عليه السلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه أنه صلى قط مفروضة على الراحلة واما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من ذلك الا تصلى على الراحلة ردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء إلى أن المرء اذا اوتر ثم نام فقام يتنفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه السلام لا وتران فى ليلة خرج ذلك أبو داود وذهب بعضهم الى انه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية ويوتر اخرى بعد التنفل شفعاً وهى المسئلة التى يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف من جهتين أحدهما ان الوتر ليس ينقلب الى النفل بتشفيعه والثاني ان التنفل بواحدة غير معروف من الشرع وتجويز هذا ولا تجويزه هو سبب الخلاف فى ذلك فمن راعي من الوتر المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شفعاً اذا اضيف اليه ركعة ثانية ومن راعي منه المعنى الشرعى قال ليس ينقلب شفعاً لان الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة او واجبة

الباب الثانى فى ركعتى الفجر

واتفقوا على ان ركعتى الفجر سنة لماهدته عليه السلام على فعلها اكثر منه على سائر النوافل ولترغيبة فيها ولانه قضاها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلفوا من ذلك فى مسائل احداها فى المستحب من القراءة فيهما فعند مالك المستحب ان يقرا فيهما بام القرآن فقط وقال الشافعى لاباس ان يقرا فيهما بام القرآن مع سورة قصيرة وقال ابو حنيفة لاتوقيف فيهما فى القراءة يستحب وانه يجوز ان يقرا فيهما المرء حزبه من الليل *والسبب في اختلافهم اختلاف قراءته عليه السلام فى هذه الصلاة واختلافهم فى تعيين القراءة في الصلاة وذلك انه روى عنه عليه السلام انه كان يخفف ركعتى الفجر على ما روته عائشة قالت حتى انى اقول اقرا فيهما بام القرآن ام لا فظاهر هذا انه كان يقرا فيها بام القرآن فقط وروى عنه من طريق ابي هريرة خرجه ابو داود انه كان يقرا فيهما بقل هو الله احد وقل يا أيها الكافرون فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة ام القرآن فقط ومن ذهب مذهب الحديث الثانى اختار ام القرآن وسورة قصيرة ومن كان على اصله فى انه لاتتعين القراءة فى الصلاة لقوله تعالى فاقرؤا ماتيسر منه قال يقرا فيهما ما احب والثانية في صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعى واكثر العلماء الى ان المستحب فيهما هو الاسرار وذهب قوم الى ان المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم فى ذلك بين الاسرار والجهر * والسبب فى ذلك تعارض مفهوم الآثار وذلك ان حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره انه عليه السلام يقرا فيهما سراً ولولا ذلك لم تشك عائشة هل قرا فيهما بام القرآن ام لا وظاهر ماروى ابو هريرة انه كان يقرا فيهما بقل يا ايها الكافرون وقل هو الله احد ان قراءته عليه السلام فيهما كانت جهراً ولولا ذلك ماعلم ابو هريرة ماكان يقرا فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثرين قال اما باختيار الجهر ان رجح حديث ابى هريرة واما باختيار الاسرار ان رجح حديث عائشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير والثالثة فى الذى لم يصل ركعتى الفجر وادرك الامام فى الصلاة اودخل المسجد ليصليهما فاقيمت الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فاقيمت الصلاة فليدخل مع الامام فى الصلاة ولا يركعهما فى المسجد والامام يصلى الفرض وان كان لم يدخل المسجد فان لم يخف ان يفوته الامام بركعة فليركعهما خارج المسجد وان خاف فوات الركعة فليدخل مع الامام ثم يصليها اذا طلعت الشمس ووافق ابو حنيفة مالكا فى الفرق بين ان يدخل المسجد اولا يدخله وخالفه في الحد فى ذلك فقال يركعهما خارج المسجد ما ظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام وقال الشافعي اذا اقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما اصلا لاداخل المسجد ولاخارجه وحكي ابن المنذر ان قوما جوزوا ركوعهما فى المسجد والامام يصلى وهو شاذ *والسبب فى اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومه لم يجز صلاة ركعتي الفجر اذا اقيمت الصلاة المكتوبة لاخارج المسجد ولاداخله ومن قصره على المسجد فقط اجاز ذلك خارج المسجد مالم تفته الفريضة اولم يفته منها جزء ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عنده فى النهى انما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده انما هو ان تكون صلاتان معاً في موضع واحد لمكان الاختلاف على الامام كما روي عن ابى سلمة بن ابى عبد الرحمان انه قال سمع قوم الاقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال اصلاتان معاً اصلاتان معاً قال وذلك فى صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وانما اختلف مالك وابو حنيفة فى القدر الذى يراعي من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم فى القدر الذى به يفوت فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتى الفجر اذ كان فضل صلاة الجماعة عندهم افضل من ركعتى الفجر فمن رآ ان

بفوات

بفوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها مالم تفته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رآ انه يدرك الفضل اذا ادرك ركعة من الصلاة لقوله عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة اى قد ادرك فضلها وحمل ذلك على عمومه فى تارك ذلك قصداً اوبغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن انه يدرك ركعة منها ومالك انما يحمل هذا الحديث والله اعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها ولذلك رآ انه اذا فاتته منها ركعة فقد فاته فضلها واما من اجاز ركعتى الفجر فى المسجد والصلاة تقام *فالسبب فى ذلك احد امرين اما انه لم يصح عنده هذا الاثر او لم يبلغه قال ابو بكر بن المنذر هو اثر ثابت اعنى قوله عليه السلام اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه ابو عمر بن عبد البر واجازة ذلك تروى عن ابن مسعود *والرابعة فى وقت قضائها اذا فاتت حتى صلي الصبح فان طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاء وابن جريج وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعاً فقال يقضيها من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال ولا يقضيها بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالقضاء منهم من استحب ذلك ومنهم من خير فيه والاصل فى قضائها صلاته لها عليه السلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

الباب الثالث فى النوافل

واختلفوا في النوافل هل تثنى اوتربع او تثلث فقال مالك والشافعي صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم في كل ركعتين وقال ابو حنيفة ان شاء ثنى اوثلث اوربع او سدس اوثمن دون ان يفصل بينهما بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثني مثنى وصلاة النهار اربع *والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب وذلك انه ورد فى هذا الباب من حديث ابن عمر أن رجلا سأل النبى عليه السلام عن صلاة الليل فقال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشى احدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه السلام انه كان يصلى قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعد المغرب ركعتين وبعد الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن اخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل مثنى مثنى وثبت ايضاً من حديث عائشة انها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى اربعاً فلا تسئل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى اربعاً فلا تسئل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى ثلاثا قالت فقلت يارسول الله أتنام قبل ان توتر قال ياعائشة إن عينى تنامان ولا ينام قلبى وثبت عنه ايضاً من طريق ابي هريرة أنه قال عليه السلام من كان يصلى بعد الجمعة فليصل اربعاً وروى الاسود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى من الليل تسع ركعات فلما اسن صلي سبع ركعات فمن اخذ ايضاً بظاهر هذه الاحاديث جوز التنفل بالاربع والثلاث دون ان يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لا يتنفل بواحدة وأحسب ان فيه خلافا شاذاً

الباب الرابع فى ركعتى دخول المسجد

والجمهور على أن ركعتى دخول المسجد مندوب اليها من غير ايجاب وذهب اهل الظاهر الى وجوبها *وسبب الخلاف في ذلك هل الامر فى قوله عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب او على الوجوب فان الحديث متفق على صحته فمن تمسك فى ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الاصل هو حمل الاوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ومن لم ينقدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب الى الندب قال الركعتان واجبتان ومن انقدح عنده دليل على حمل الاوامر هاهنا على الندب اوكان الاصل عنده فى الاوامر ان تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب

فان هذا قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين لكن الجمهور انما ذهبوا الى حمل الامر هاهنا على الندب لمكان
التعارض الذي بينه وبين الاحاديث التي تقتضي بظاهرها او بنصها ان لا صلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التي
ذكرناها في صدر هذا الكتاب مثل حديث الاعرابي وغيره وذلك انه ان حمل الامر هاهنا على الوجوب لزم ان
تكون المفروضات اكثر من خمس ولمن اوجبها ان الوجوب هاهنا انما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقاً
كالامر بالصلوات المفروضة وللفقهاء ان تقييد وجوبها بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ولاهل الظاهر ان المكان
المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة *واختلف العلماء من هذا الباب
فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتي الفجر في بيته هل يركع عند دخوله المسجد ام لا فقال الشافعي يركع وهي رواية
اشهب عن مالك وقال ابو حنيفة لا يركع وهي رواية ابن القاسم عن مالك *وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه
السلام إذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه السلام لا صلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح فهاهنا عمومان
وخصوصان ،أحدهما في الزمان ،والآخر في الصلاة وذلك أن حديث الامر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان
خاص في الصلاة والنهي عن الصلاة بعد الفجر الا ركعتا الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص
الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب ذلك وقد قلنا ان مثل هذا
التعارض اذا وقع فليس يجب ان يصار الى احد التخصيصين الا بدليل وحديث النهي لا يعارض به حديث الامر
الثابت والله اعلم فان ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر

﴿الباب الخامس﴾

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغب فيه اكثر من سائر الاشهر لقوله عليه السلام من قام رمضان ايمانا واحتسابا
غفر له ما تقدم من ذنبه وان التراويح التي جمع عليها عمر بن الخطاب الناس مرغب فيها وان كان اختلفوا أي افضل
أهي او الصلاة آخر الليل أعني التي كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور على أن الصلاة آخر
الليل افضل لقوله عليه السلام أفضل الصلاة صلاتكم في بيوتكم الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتي تنامون عنها
افضل ،واختلفوا في المختار من عدد الركعات التي يقوم بها الناس في رمضان فاختار ابو حنيفة والشافعي واحمد
وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستاً وثلاثين ركعة والوتر
ثلاث *وسبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك أن مالكا روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون
في زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن ابي شيبة عن داود بن قيس قال ادركت الناس بالمدينة
في زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستاً وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك انه
الامر القديم يعني القيام بست وثلاثين ركعة

﴿الباب السادس في صلاة الكسوف﴾

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وأنها في جماعة ،واختلفوا في صفتها وفي صفة القراءة فيها وفي الاوقات
التي تجوز فيها وهل من شروطها الخطبة ام لا وهل كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس ففي ذلك خمس مسائل
اصول في هذا الباب

﴿المسألة الاولى﴾

ذهب مالك والشافعي وجمهور اهل الحجاز
وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركعتان وذهب ابو حنيفة والكوفيون الى أن صلاة الكسوف ركعتان
على هيئة صلاة العيد والجمعة *والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها
وذلك انه ثبت من حديث عائشة انها قالت خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فاقام

فاطال القيام ثم ركع فاطال الركوع ثم قام فاطال القيام وهو دون القيام الاول ثم ركع فاطال الركوع وهو دون الركوع الاول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل فى الركعة الاخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلت الشمس ولما ثبت ايضاً من هذه الصفة فى حديث ابن عباس أعنى من ركوعين فى ركعة قال ابو عمر هذان الحديثان من اصح ماروى فى هذا الباب فمن اخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان فى ركعة وورد ايضاً من حديث ابى بكرة وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير انه صلى فى الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال ابو عمر بن عبد البر وهي كلها آثار مشهورة صحاح ومن احسنها حديث ابي قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الكسوف نحو صلاتكم يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسئل الله حتى تجلت الشمس فمن رجح هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس أعنى موافقتها لسائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضى خرج مسلم حديث سمرة قال ابو عمر وبالجملة فانما صار كل فريق منهم الى ما روى عن سلفه ولذلك رآ بعض اهل العلم أن هذا كله على التخيير وممن قال بذلك الطبرى . قال القاضى وهو الاولى فان الجمع اولى من الترجيح قال ابو عمر وقد روى في صلاة الكسوف عشر ركعات فى ركعتين وثمان ركعات فى ركعتين وست ركعات فى ركعتين واربع ركعات فى ركعتين لكن من طريق ضعيف . قال ابو بكر بن المنذر وقال اسحاق بن راهويه كل ما ورد من ذلك فمؤتلف غير مختلف لان الاعتبار فى ذلك لتجلى الكسوف فالزيادة فى الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلى فى الكسوفات التى صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد انه كان يرى أن المصلى ينظر الى الشمس إذا رفع رأسه من الركوع فان كانت قد تجلت سجد واضاف اليها ركعة ثانية وان كانت لم تجل ركع فى الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر الى الشمس فان كانت تجلت سجد واضاف اليها ثانية وان كانت لم تجل ركع ثالثة فى الركعة الاولي هكذا حتى تنجلى وكان اسحاق بن راهويه يقول لايتعدى بذلك اربع ركعات فى ركعة لانه لم يثبت عن النبى عليه السلام أكثر من ذلك وقال ابو بكر بن المنذر وكان بعض اصحابنا يقول الاختيار فى صلاة الكسوف ثابت والخيار فى ذلك للمصلى ان شاء فى كل ركعة ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء اربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على أن النبى عليه السلام صلى فى كسوفات كثيرة ، قال القاضى هذا الذي ذكره هو الذى خرجه مسلم ولا ادرى كيف قال ابو عمر فيها انها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات فى ركعتين فانما خرجه ابو داود فقط

﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلفوا فى القراءة فيها فذهب مالك والشافعى الى أن القراءة فيها سر وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن واحمد واسحاق وابن راهوية يجهر بالقراءة فيها * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك بمفهومها وبصيغها وذلك أن مفهوم حديث ابن عباس الثابت انه قرأ سراً لقوله فيه عنه عليه السلام فقام قياماً نحواً من سورة البقرة وقد روى هذا المعنى نصاً عنه انه قال قمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعت منه حرفاً وقد روي ايضاً من طريق ابن اسحاق عن عائشة فى صلاة الكسوف انها قالت تحديت قراءته فحزرت انه قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الاحاديث قال القراءة فيها سر ولمكان ماجاء فى هذه الآثار استحب مالك والشافعى ان يقرأ فى الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفى الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفى الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفى كل واحدة ام القرآن ورجحوا ايضاً مذهبهم هذا بما روى عنه عليه السلام انه قال صلاة النهار عجما ووردت هاهنا ايضاً احاديث مخالفة لهذه فمنها انه روى انه عليه السلام قرأ فى احدى الركعتين من

صلاة الكسوف بالنجم ومفهوم هذا انه جهر وكان احمد واسحاق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي عليه السلام جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال ابو عمر سفيان بن الحسن ليس بالقوي وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهري عبد الرحمان بن سليمان بن كثير وكلهم ليس في الحديث الزهري مع أن حديث بن اسحاق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء ايضاً لمذهبهم بالقياس الشبهي فقالوا صلاة سنة تفعل في جماعة نهاراً فوجب ان يجهر فيها اصله العيدان والاستسقاء وخير في ذلك كله الطبري وهي طريقة الجمع وقد قلنا انها اولى من طريقة الترجيح اذا امكنت ولا خلاف في هذا اعلمه بين الاصوليين

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلفوا في الوقت الذي تصلى فيه فقال الشافعي تصلى في جميع الاوقات المنهي عن الصلاة فيها وغير المنهي وقال ابو حنيفة لا يصلي لها في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها واما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا في الوقت الذي تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنتها ان تصلى ضحى الى الزوال * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في جنس الصلاة التي لا تصلى في الاوقات المنهي عنها فمن رآ أن تلك الاوقات تختص بجميع اجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن رآ أن تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده في الكسوف سنة اجاز ذلك ومن رآ ايضاً انها من النفل لم يجزها في اوقات النهي وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبيهها بصلاة العيد

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا ايضاً هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعي إلي أن ذلك من شرطها وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا خطبة في صلاة الكسوف * والسبب في اختلافهم اختلافهم في العلة التي من اجلها خطب رسول الله الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما في حديث عائشة وذلك انها روت انه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأثني عليه ثم قال إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد ولا لحياته الحديث فزعم الشافعي انه انما خطب لان من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال بقول أولائك ان خطبة النبي عليه السلام انها كانت يومئذ لان الناس زعموا أن الشمس انما كسفت لموت ابراهيم ابنه عليه السلام

﴿ المسئلة الخامسة ﴾

واختلفوا في كسوف القمر فذهب الشافعي الى انه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى في كسوف الشمس وبه قال احمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة إلى انه لا يصلى له في جماعة واستحبوا ان يصلى الناس له افذاذاً ركعتين كسائر الصلوات النافلة * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى ينكشف ما بكم وتصدقوا خرّجه البخاري ومسلم فمن فهم هاهنا من الامر بالصلاة فيهما معنى واحداً وهي الصفة التي فعلها في كسوف الشمس رآ الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفاً لانه لم يروعنه عليه السلام أنه صلى في كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم من ذلك اقل ما ينطلق عليه اسم صلاة في الشرع وهي النافلة فذاً وكان قائل هذا القول يرى أن الاصل هو ان يحمل اسم الصلاة في الشرع اذا ورد الامر بها على اقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الشرع إلا ان يدل الدليل على غير ذلك فلما دل فعله عليه السلام في كسوف الشمس على غير ذلك نفى المفهوم في كسوف القمر على اصله والشافعي يحمل فعله في كسوف الشمس بياناً لمجمل ما امر به من الصلاة فيهما فوجب الوقوف عند ذلك وزعم ابو عمر بن عبد

البر

البر انه روى عن ابن عباس وعثمان انهما صليا في القمر فى جماعة ركعتين فى كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعي وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياساً على كسوف القمر والشمس لنصه عليه السلام على العلة فى ذلك وهو كونها آية وهو من اقوى اجناس القياس عندهم لانه قياس العلة التى نص عليها لكن لم ير هذا مالك ولا الشافعى ولا جماعة من اهل العلم وقال ابو حنيفة ان صلى للزلزلة فقد احسن والا فلا حرج وروى عن ابن عباس انه صلى لها مثل صلاة الكسوف

﴿ الباب السابع فى صلاة الاستسقاء ﴾

أجمع العلماء على أن الخروج الى الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء إلى الله تعالى والتضرع اليه فى نزول المطر سنة سنها رسول الله صلى الله عليه واختلفوا فى الصلاة فى الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج الى الاستسقاء إلا ابا حنيفة فانه قال ليس من سنة الصلاة *وسبب الخلاف انه ورد في بعض الآثار انه استسقى وصلى وفى بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن اشهر ما ورد فى انه صلى وبه اخذ الجمهور حديث عبادة بن تميم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالقراءة ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرّجه البخارى ومسلم واما الاحاديث التى ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فمنها حديث انس بن مالك خرجه مسلم انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هلكت المواشى وتقطعت السبل فادع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فمطرنا من الجمعة الى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازني وفيه انه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الاثر أن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب أعنى انه خرج الى المصلى فاستسقى ولم يصل والحجة للجمهور انه من لم يذكر شيئاً فليس هو بحجة على من ذكره والذى يدل عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس عندى شئ اكثر من أن الصلاة ليس من شرط صحة الاستسقاء إذ قد ثبت أنه عليه السلام قد استسقى على المنبر لانها ليس من سنته كما ذهب اليه ابو حنيفة وأجمع القائلون بان الصلاة من سنتها على أن الخطبة أيضاً من سنتها لورود ذلك فى الاثر قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلفوا هل هي قبل الصلاة او بعدها لاختلاف الآثار فى ذلك فرآ قوم انها بعد الصلاة قياساً على صلاة العيدين وبه قال الشافعى ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه اخذ. قال القاضى وقد خرج ذلك ابو داود من طرق ومن ذكر الخطبة فانما ذكرها فى علمي قبل الصلاة واتفقوا على أن القراءة فيها جهراً واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك الي انه يكبر فيها كما يكبر فى سائر الصلوات وذهب الشافعى إلى انه يكبر فيها كما يكبر في العيدين *وسبب الخلاف اختلافهم فى قياسها على صلاة العيدين وقد احتج الشافعى لمذهبه فى ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كما يصلى فى العيدين واتفقوا على أن من سنتها ان يستقبل الامام القبلة واقفاً ويدعوا ويحول رداءه رافعاً يديه على ما جاء فى الآثار واختلفوا في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فاما كيف ذلك فالجمهور على انه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه وقال الشافعى بل يجعل اعلاه اسفله وما على يمينه منه على يساره وما على يساره على يمينه *وسبب الاختلاف اختلاف الآثار فى ذلك وذلك أنه جاء فى حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم خرج الى المصلى يستسقى فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى

ركعتين فى بعض رواياته قلت اجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل اعلاه اسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء ايضاً فى حديث عبدالله هذا انه قال استسقي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فاراد ان ياخذ باسفلها فيجعله اعلاها فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه وأما متى يفعل الامام ذلك فان مالكا والشافعى قال يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة وقال ابو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك ايضاً عن مالك وكلهم يقول انه إذا حول الامام رداءه قائماً حول الناس ارديتهم جلوساً لقوله عليه السلام إنما جعل الامام ليؤتم به إلا محمد بن الحسن والليث بن سعد وبعض اصحاب مالك فان الناس عندهم لا يحولون ارديتهم بتحويل الامام لانه لم ينقل ذلك فى صلاته عليه السلام بهم وجماعة العلماء علي أن الخروج لها وقت الخروج الى صلاة العيدين إلا ابا بكر بن محمد بن عمر بن حزم فانه قال إن الخروج اليها عند الزوال وروى ابوداود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس

﴿ الباب الثامن فى صلاة العيدين ﴾

أجمع العلماء علي استحسان الغسل لصلاة العيدين وأن هذين الصلاتين بلا اذان ولا اقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما احدث من ذلك معاوية فى اصح الاقاويل قاله ابو عمر وكذلك اجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك ايضاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ماروي عن عثمان بن عفان انه اخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة وأجمعوا ايضاً على انه لا توقيت فى القراءة فى العيدين وأكثرهم استحب ان يقرأ فى الاولى بسبح وفى الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعى القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة لثبوت ذلك عنه عليه السلام واختلفوا من ذلك فى مسائل أشهرها اختلافهم فى التكبير وذلك انه حكى فى ذلك ابوبكر بن المنذر نحواً من اثني عشر قولاً إلا انا نذكر من ذلك المشهور الذى يستند الى صحابي او سماع (فنقول) ذهب مالك الى أن التكبير فى الاولى من ركعتى العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفى الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال الشافعى فى الاولى ثمانية وفى الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال ابو حنيفة يكبر فى الاولى ثلاثا بعد تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ ام القرآن وسورة ثم يكبر راكعاً ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه وقال قوم تسع فى كل ركعة وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال النخعي *وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة فى ذلك عن الصحابة فذهب مالك رحمه الله الى ما رواه عن ابن عمر انه قال شهدت الاضحي والفطر مع ابي هريرة فكبر فى الاولي سبع تكبيرات قبل القراءة وفى الاخرة خمساً قبل القراءة ولان العمل عنده بالمدينة كان على هذا وبهذا الاثر بعينه أخذ الشافعى إلا انه تاول فى السبع انه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما ليس فى الخمس تكبيرة القيام ويشبه ان يكون مالك انما اصاره ان يعد تكبيرة الاحرام فى السبع ويعد تكبيرة القيام زائداً على الخمس المروية ان العمل الفاه على ذلك فكانه عنده وجه من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرّج ابوداود معنى حديث ابى هريرة مرفوعاً عن عائشة وعن عمرو بن العاصى وروى أنه سئل ابوموسى الاشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر فى الاضحي والفطر فقال ابوموسي كان يكبر اربعاً على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال ابوموسى كذلك كنت اكبر فى البصرة حين كنت

عليهم وقال قوم بهذا وأما ابو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتمدوا في ذلك عن ابن مسعود وذلك انه ثبت عنه انه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجميع الى الاخذ باقاويل الصحابة في هذه المسئلة لانه لم يثبت فيها عن النبي عليه السلام شئ ومعلوم أن فعل الصحابة في ذلك هو توقيف إذ لا مدخل للقياس في ذلك وكذلك اختلفوا في رفع اليدين عند كل تكبيرة فمنهم من رآ ذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم من لم ير الرفع الا في الاستفتاح فقط ومنهم من خير واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد أعني وجوب السنة فقالت طائفة يصليها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال الشافعي انه يصليها اهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في بيتها وقال ابو حنيفة وأصحابه انما تجب صلاة الجمعة والعيدين على اهل الامصار والمدائن وروى عن علي أنه قال لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع وروى عن الزهري انه قال لا صلاة فطر ولا اضحي علي مسافر *والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رآ ان الاصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت استثناؤه من الخطاب *قال القاضي قد مزقت السنة بين الحكم للنساء في العيدين والجمعة وذلك انه ثبت انه عليه السلام امر النساء بالخروج للعيدين ولم يامر بذلك في الجمعة وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه المجيء اليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من ثلاثة الاميال الي مسيرة اليوم التام واتفقوا على أن وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فيمن لم ياتهم علم بانه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم ان يصلوا يومهم ولا من الغد وبه قال مالك والشافعي وابو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيد وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحاق قال ابو بكر بن المنذر وبه نقول لحديث رويناه عن النبي عليه السلام انه امرهم ان يفطروا فاذا اصبحوا ان يعودوا الى مصلاهم . قال القاضي خرّجه ابو داود الا انه عن صحابي مجهول ولكن الاصل فيهم رضى الله عنهم حملهم على العدالة واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يجزى العيد عن الجمعة فقال قوم يجزي العيد عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير وعلي وقال قوم هذه رخصة لاهل البوادي الذين يردون الامصار للعيد والجمعة خاصة كما روى عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من احب من اهل العالية ان ينتظر الجمعة فلينتظر ومن احب ان يرجع فليرجع رواه مالك في الموطا وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعاً العيد على أنه سنة والجمعة على انها فرض ولا ينوب احدهما عن الاخر وهذا هو الاصل الا ان يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلانه رآ أن مثل هذا ليس هو بالرأي وانما هو توقيف وليس هو بخارج عن الاصول كل الخروج واما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي هي بدله لمكان صلاة العيد فخارج عن الاصول جداً إلا ان يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه واختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلي اربعاً وبه قال احمد والثوري وهو مروي عن ابن مسعود وقال قوم بل يقضيها على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره وبه قال الشافعي وابو ثور وقال قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبيرة العيد وقال قوم ان صلى الامام في المصلى صلى ركعتين وان صلى في غير المصلى صلى اربع ركعات وقال قوم لا قضاء عليه اصلا وهو قول مالك وأصحابه وحكي ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي فمن قال اربعاً شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاها الامام فمصيراً الى أن الاصل هو أن القضاء يجب ان يكون على صفة الاداء ومن منع القضاء

فلانه رآ انها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا اربعاً اذليست هى بدل من شئ وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعنى قول الشافعى وقول مالك وأماسائر الاقاويل فى ذلك فضعيف لامعنى له لان صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلا من شئ فكيف يجب ان تقاس احداهما على الاخرى فى القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هى اداء لانه اذا فاته البدل وجبت هى والله الموفق للصواب واختلفوا فى التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على أنه لا يتنفل لاقبلها ولا بعدها وهو مروى عن على بن ابى طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال احمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب انس وعروة وبه قال الشافعي وفيه قول ثالث وهو ان يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثورى والاوزاعى وابو حنيفة وهو مروى ايضاً عن ابن مسعود وفرق قوم بين ان تكون الصلاة فى المصلى اوفى المسجد وهو مشهور مذهب مالك *وسبب اختلافهم انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر اويوم اضحي فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما وقال عليه السلام إذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين وترددها ايضاً من حيث هى مشروعة بين ان يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة اولا يكون ذلك حكمها فمن رآ أن تركه الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلي لم يستحب تنفلا لاقبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب فى الصلاة قبلها اذا صليت فى المسجد لكون دليل الفعل معارضاً في ذلك القول أعنى انه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصلى صلاة العيد يستحب له الا يركع تشبهاً بفعله عليه السلام ومن رآ أن ذلك من باب الرخصة ورآ أن اسم المسجد ينطلق على المصلى ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا ورآ قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لا من باب المندوب ولا من باب المكروه وهو اقل اشتباهاً ان لم يتناول اسم المسجد المصلى واختلفوا فى وقت التكبير في عيد الفطر بعد ان اجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم فقال جمهور العلماء يكبر عند الغدو الي الصلاة وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقال قوم يكبر من ليلة الفطر اذا رأوا الهلال حتى يغدوا الى المصلى وحتى يخرج الامام وكذلك فى ليلة الاضحى عندهم ان لم يكن حاجا وروى عن ابن عباس انكار التكبير جملة الا اذا كبر الامام واتفقوا ايضاً على التكبير فى ادبار الصلوات ايام الحج واختلفوا في توقيت ذلك اختلافاً كثيراً فقال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة الى العصر من آخر ايام التشريق وبه قال سفيان واحمد وابو ثور وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر الى صلاة الصبح من آخر ايام التشريق وهو قول مالك والشافعى وقال الزهرى مضت السنة ان يكبر الامام في الامصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر الى العصر من آخر ايام التشريق وبالجملة فالخلاف فى ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة اقوال *وسبب اختلافهم في ذلك هو انه نقلت بالعمل ولم ينقل فى ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة فى ذلك اختلف من بعدهم والاصل فى هذا الباب قوله تعالى واذكروا الله فى ايام معدودات وهذا الخطاب وان كان المقصود به اولا اهل الحج فان الجمهور رأوا انه يعم اهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وان كان اختلفوا فى التوقيت فى ذلك ولعل التوقيت فى ذلك على التخيير لانهم كلهم اجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير دبر الصلوات في هذه الايام انما هو لمن صلى فى جماعة وكذلك اختلفوا فى صفة التكبير فى هذه الايام فقال مالك والشافعى يكبر ثلاثا الله

اكبر

اكبر الله اكبر الله اكبر وقيل يزيد بعد هذا لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير
وروى عن ابن عباس انه يقول الله اكبر كبيراً ثلاث مرات ثم يقول الرابعة ولله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شئ موقت
*والسبب فى هذا الاختلاف عدم التحديد فى ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع فى ذلك التوقيت أعنى فهم الاكثر
وهذا هو السبب فى اختلافهم فى توقيت زمان التكبير أعنى فهم التوقيت مع عدم النص فى ذلك وأجمعوا علي انه يستحب
ان يفطر فى عيد الفطر قبل الغدو الى المصلي والا يفطر يوم الاضحى الا بعد الانصراف من الصلاة وانه يستحب ان
يرجع على غير الطريق التى مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه السلام

﴿ الباب التاسع فى سجود القرآن ﴾ والكلام فى هذا الباب ينحصر فى خمسة فصول فى حكم السجود
وفى عدد السجدات التى هى عزائم اعنى التى يسجد لها وفى الاوقات التى يسجد لها . وعلى من يجب السجود . وفى صفة السجود
فاما حكم سجود التلاوة فان اباحنيفة واصحابه قالوا هو واجب وقال مالك والشافعى هو مسنون وليس بواجب *وسبب
الخلاف اختلافهم في مفهوم الاوامر بالسجود والاخبار التى معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى اذا تتلى عليهم
آيات الرحمان خروا سجداً وبكياً هل هى محمولة على الوجوب او على الندب فابو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب
ومالك والشافعى اتبعا في مفهومها الصحابة اذ كانوا هم اقعد بفهم الاوامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر
بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان فى الجمعة الثانية وقرأها تهيأ الناس
للسجود فقال على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا الا ان نشاء قالوا وهذا بمحضر الصحابة فلم ينقل عن احد
منهم خلاف وهم افهم بمغزى الشرع وهذا انما يحتج به من يرى قول الصحابى اذا لم يكن له مخالف حجة وقد احتج
أصحاب الشافعى فى ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت
سورة الحج فلم يسجد ولم نسجد وكذلك أيضاً يحتج لهؤلاء بما روى عنه عليه السلام انه لم يسجد في المفصل
وبما روى انه سجد فيها لان وجه الجمع بين ذلك يقتضى الا يكون السجود واجباً وذلك بان يكون كل واحد
منهم حدث بما رآ من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد واما أبو حنيفة فتمسك في ذلك بان الاصل هو حمل
الاوامر على الوجوب او الاخبار التى تتنزل منزلة الاوامر وقد قال أبو المعالى ان احتجاج أبى حنيفة بالاوامر
الواردة بالسجود فى ذلك لا معنى له بان ايجاب السجود مطلقاً ليس يقتضى وجوبه مقيداً وهو عند القراءة أعني
قراءة آية السجود قال ولو كان الامر كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التى فيها الامر بالصلاة
وإذا لم يجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التى فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود ولابى حنيفة ان
يقول قد اجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة فى السجود عند تلاوة القرآن هى بمعنى الامر وذلك في اكثر
المواضع واذا كان ذلك كذلك فقد ورد الامر بالسجود مقيداً بالتلاوة أعني عند التلاوة وورد الامر به مطلقاً
فوجب حمل المطلق على المقيد وليس الامر فى ذلك بالسجود كالامر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها بقيود أخر
وأيضاً فان النبى عليه السلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الامر بالسجود الوارد فيها أعنى انه عند التلاوة
فوجب ان يحمل مقتضى الامر فى الوجوب عليه واما عدد عزائم سجود القرآن فان مالكا قال فى الموطا الامر
عندنا ان عزائم سجود القرآن احدى عشرة سجدة ليس في المفصل منها شئ وقال أصحابه أولها خاتمة الاعراف
وثانيها فى الرعد عند قوله تعالى بالغدو والاصال وثالثها فى النحل عند قوله تعالى ويفعلون مايومرون ورابعها فى

بنى اسرائيل عند قوله ويزيدهم خشوعا وخامسها فى مريم عند قوله تعالى خروا سجداً وبكياً وسادسها الاولى من الحج عند قوله تعالى إن الله يفعل مايشاء وسابعها في الفرقان عند قوله وزادهم نفوراً وثامنها فى النمل رب العرش العظيم وتاسعها في الم تنزيل وهم لايستكبرون وعاشرها في ص عند قوله تعالي وخر راكعاً واناب والحادية عشرة في حم تنزيل عند قوله تعالى إن كنتم إياه تعبدون وقيل عند قوله وهم لا يسئمون وقال الشافعى أربع عشرة سجدة ثلاث منها فى المفصل فى الانشقاق وفي النجم وفي اقرأ باسم ربك ولم ير فى ص سجدة لانها عنده من باب الشكر وقال أحمد هى خمس عشرة سجدة أثبت فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة هى اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوى وهى كل سجدة جاءت بلفظ الخبر * والسبب في اختلافهم اختلافهم فى المذاهب التى اعتمدوها فى تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتمد عمل أهل المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع اما الذين اعتمدوا العمل فمالك وأصحابه وأما الذين اعتمدوا القياس فابو حنيفة وأصحابه وذلك انهم قالوا وجدنا السجدات التى اجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهى سجدة الاعراف والنحل والرعد والاسراء ومريم واول الحج والفرقان والنمل والم تنزيل فوجب ان يلحق بها سائر السجدات التى جاءت بصيغة الخبر وهى التى فى ص وفى الانشقاق ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الامر وهى التى فى والنجم وفي الثانية من الحج وفي اقرأ باسم ربك واما الذين اعتمدوا السماع فانهم صاروا الى ما ثبت عنه عليه السلام من سجوده فى الانشقاق وفى اقرأ باسم ربك وفى والنجم خرج ذلك مسلم وقال الأثرم سئل احمد كم في الحج من سجدة قال سجدتان وصحح حديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال في الحج سجدتان وهو قول عمر وعلى قال القاضى خرجه ابو داود واما الشافعى فانه انما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه ابو داود عن ابى سعيد الخدرى ان النبى عليه السلام قرا وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فنزل وسجد فلما كان يوم آخر قراها فتهيأ الناس للسجود فقال انما هى توبة نبي ولكن رايتكم تشيرون للسجود فنزلت فسجدت وفى هذا ضرب من الحجة لابي حنيفة فى قوله بوجوب السجود لانه علل ترك السجود فى هذه السجدة بعلة انتفت فى غيرها من السجدات فوجب ان يكون حكم التى انتفت عنها العلة بخلاف التى ثبت لها العلة وهو نحو من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب تجويز دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود فى المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه ابو داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد فى شئ من المفصل منذ هاجر الى المدينة قال ابو عمر وهو منكر لان ابي هريرة الذى روى سجوده فى المفصل لم يصحبه عليه السلام الا بالمدينة وقد روى الثقات عنه انه سجد عليه السلام فى والنجم واما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فمنع قوم السجود في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها وهو مذهب ابي حنيفة على اصله فى منع الصلوات المفروضة فى هذه الاوقات ومنع مالك ايضاً ذلك فى الموطا لانها عنده في النفل والنفل ممنوع فى هذه الاوقات عنده وروى ابن القاسم عنه انه سجد فيها بعد العصر مالم تصفر الشمس اوتتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعى وهذا بناء على انها سنة وان السنن تصلي فى هذه الاوقات ما لم تدن الشمس من الغروب اوالطلوع واما على من يجب بتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القارى فى صلاة كان اوفى غير صلاة واختلفوا فى السامع هل عليه سجود ام لا فقال ابو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمراة وقال مالك يسجد السامع بشرطين احدهما اذا كان قعد ليسمع القرآن والآخر ان يكون القارى يسجد وهو مع هذا ممن يصح ان يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القارى ممن لا يصح

للامامة

للامامة اذا جلس اليه واما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القارى كبر اذا خفض واذا رفع واختلف قول مالك فى ذلك اذا كان فى غير صلاة واما اذا كان فى الصلاة فانه يكبر قولا واحداً

بسم الله الرحمان الرحيم

صلى الله على محمد وآله

كتاب احكام الميت

والكلام فى هذا الكتاب وهى حقوق الاموات على الاحياء ينقسم الى ست جمل . الجملة الاولى فيما يستحب ان يفعل به عند الاحضار وبعده . الثانية فى غسله . الثالثة فى تكفينه الرابعة فى حمله واتباعه . الخامسة فى الصلاة عليه . السادسة فى دفنه

الباب الاول

ويستحب ان يلقن الميت عند الموت شهادة ان لا اله الا الله لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة لا اله الا الله وقوله من كان آخر قوله لا اله الا الله دخل الجنة واختلفوا فى استحباب توجيهه الى القبلة فرآ ذلك قوم ولم يره آخرون وروى عن مالك انه قال فى التوجيه ماهو من الامر القديم وروى عن سعيد بن المسيب انه انكر ذلك ولم يرو ذلك عن احد من الصحابة ولا من التابعين اعنى الامر بالتوجيه فاذا قضى الميت غمض عليه ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك الا الغريق فانه يستحب فى المذهب تاخير دفنه مخافة ان يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته قال القاضي واذا قيل هذا فى الغريق فهو اولى فى كثير من المرضى مثل الذين تصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الاطباء حتى لقد قال الاطباء ان المسكتين لا ينبغى ان يدفنوا الا بعد ثلاث

الباب الثانى فى غسل الميت

ويتعلق بهذا الباب فصول اربعة منها فى حكم الغسل ومنها فيمن يجب غسله من الموتى ومن يجوز ان يغسل وما حكم الغاسل ومنها فى صفة الغسل

الفصل الاول

فاما حكم الغسل فانه قيل فيه انه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما فى المذهب *والسبب فى ذلك انه نقل بالعمل لا بالقول والعمل ليس له صيغة يفهم الوجوب اولا يفهمه وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه السلام فى ابنته اغسلنها ثلاثا او خمساً وبقوله فى المحرم اغسلوه فمن رآن هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لا مخرج الامر به لم يقل بوجوبه ومن رآ انه يتضمن الامر والصفة قال بوجوبه

الفصل الثانى

واما الاموات الذين يجب غسلهم فانهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذى لم يقتل فى معترك حرب الكفار واختلفوا فى غسل الشهيد وفى الصلاة عليه وفى غسل المشرك فاما الشهيد اعنى الذى قتله فى المعترك المشركون فان الجمهور على ترك غسله لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر بقتلى احد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فان كل ميت يجنب ولعلهم كانوا يرون مافعل بقتلى احد كان لموضع الضرورة اعنى المشقة فى غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبرى وسئل ابو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه وكان شهيداً برحمة الله واختلف الذين اتفقوا على ان الشهيد فى حرب المشركين لا يغسل فى الشهداء من قتل اللصوص او عند اهل الشرك فقال الاوزاعي واحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله اهل الشرك وقال مالك والشافعى يغسل *وسبب اختلافهم هو هل الموجوب لرفع حكم الغسل هى الشهادة مطلقاً او الشهادة على يدى الكفار فمن رآ ان سبب ذلك هى الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبى عليه السلام انه شهيد ممن قتل ومن رآ ان سبب ذلك هى الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم واما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره الا ان يخاف ضياعه

فيواريه وقال الشافعي لاباس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم وبه قال ابو ثور وابو حنيفة واصحابه قال ابو بكر بن المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى ان النبي عليه السلام امر بغسل عمه لما مات *وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة اومن باب النظافة فان كانت عبادة لم يجز غسل الكافر وان كانت نظافة جاز غسله

الفصل الثالث

واما من يجوز ان يغسل الميت فانهم اتفقوا على ان الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون النساء واختلفوا في المراة تموت مع الرجال او الرجل يموت مع النساء مالم يكونا زوجين على ثلاثة اقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب وقال قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعي وابو حنيفة وجمهور العلماء وقال قوم لايغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل * وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهي على الامر او الامر على النهي وذلك ان الغسل مامور به ونظر الرجل الى بدن المراة والمرأة الى بدن الرجل منهي عنه فمن غلب النهي تغليباً مطلقاً أعني لم يقس الميت على الحي في كون طهارة الثوب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه ومن غلب الامر على النهي قال يغسل كل واحد منهما صاحبه أعني غلب الامر على النهي تغليباً مطلقاً ومن ذهب الى التيمم فلانه رآ انه لا يلحق الامر والنهي في ذلك تعارض وذلك ان النظر الى مواضع التيمم يجوز لكلى الصنفين ولذلك رآ مالك ان ييمم الرجل المراة في يديها ووجهها فقط لكون ذلك منها ليسا بعورة وان ييمم الرجل الى المرفقين لانه ليس من الرجل عورة الا من السرة الى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التي نقلت الميت من الغسل الى التيمم عند من قال به هي تعارض الامر والنهي فكانه شبه هذه الضرورة بالضرورة التي يجوز معها للحي التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور فاما مالك فاختلف قوله في هذه المسئلة فمرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقاً ومرة فرق في ذلك بين ذوي المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوي المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه ان له في ذوي المحارم ثلاثة اقوال اشهرها انه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب والثاني انه لا يغسل احدهما صاحبه لكن ييممه مثل قول الجمهور في غير ذوي المحارم والثالث الفرق بين الرجل والنساء اعني تغسل المراة الرجل ولا يغسل الرجل المراة فسبب المنع ان كل واحد منهما لا يحل له ان ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالاجانب سواء *وسبب الاباحة انه موضع ضرورة وهم اعذر في ذلك من الاجنبي *وسبب الفرق ان نظر الرجال الى النساء اغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء حجبن عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء واجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المراة زوجها واختلفوا في جواز غسله اياها فالجمهور على جواز ذلك وقال ابو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته * وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق قال لا يحل ان ينظر اليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال ان ما يحل له من النظر اليها قبل الموت يحل له بعد الموت وانما دعا ابا حنيفة ان يشبه الموت بالطلاق لانه رآ انه اذا ماتت احدى الاختين حل له نكاح الاخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه بعد فان علة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت ولذلك حلت الا ان يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وان منع الجمع بين الاختين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوي حينئذ مذهب ابي حنيفة وكذلك اجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تغسل زوجها واختلفوا في الرجعية فروى عن مالك انها تغسله وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال ابن القاسم لا تغسله وان كان الطلاق رجعياً وهو قياس قول

مالك

مالك لانه ليس يجوز عنده ان يراها وبه قال الشافعي *وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج ان ينظر الى الرجعية او لا ينظر اليها واما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتاً وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه *وسبب اختلافهم معارضة حديث أبى هريرة لحديث اسماء وذلك ان اباهريرة روى عن النبي عليه السلام انه قال من غسل ميتاً فليغتسل ومن حمله فليتوضا خرجه أبو داود واما حديث اسماء فانها لما غسلت ابا بكر رضى الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار وقالت انى صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل على من غسل قالوا لا وحديث اسماء في هذا صحيح واما حديث أبى هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيما حكى ابو عمر غير صحيح لكن حديث اسماء ليس فيه فى الحقيقة معارضة له فان من انكر الشئ يحتمل ان يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة فى ذلك الشئ وسؤال اسماء والله أعلم يدل على الخلاف في ذلك فى الصدر الاول ولهذا كله قال الشافعى رضى الله عنه على عادته فى الاحتياط والالتفات الى الأثر لا غسل على من غسل الميت الا ان يثبت حديث أبي هريرة

﴿الفصل الرابع فى صفة الغسل﴾

وفى هذا الفصل مسائل احداها هل ينزع على الميت قميصه اذا غسل ام يغسل فى قميصه اختلفوا فى ذلك فقال مالك اذا غسل الميت تنزع ثيابه وتستر عورته وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى يغسل فى قميصه *وسبب اختلافهم تردد غسله عليه السلام في قميصه بين ان يكون خاصاً به وبين ان يكون سنة فمن رآ انه خاص به وانه لا يحرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حي قال يغسل عريانا الا عورته فقط التى يحرم النظر اليها فى حال الحياة ومن رآ ان ذلك سنة يستند الى باب الاجماع أو الى الامر الالهي لانه روى فى الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد القى عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت فى قميصه

﴿المسئلة الثانية﴾ قال أبو حنيفة لا يوضا الميت وقال الشافعى يوضا وقال مالك ان وضئ فحسن *وسبب الخلاف فى ذلك معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضى ان لا وضوء على الميت لان الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا اسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذى هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد فى الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث ام عطية الثابت ان الوضوء شرط فى غسل الميت لان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى غسل ابنته ابدان بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخارى ومسلم ولذلك ليس يجب ان تعارض بالروايات التى فيها الغسل مطلقاً لان المقيد يقضى على المطلق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه أيضاً ان يكون من اسباب الخلاف فى ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه وردت آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقاً من غير ذكر وضوء فيها ولا رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس له في هذا الموضع والشافعي جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا في التوقيت فى الغسل فمنهم من اوجبه ومنهم من استحسنه واستحبه والذين اوجبوا التوقيت منهم من اوجب الوتر اى وتر كان وبه قال ابن سيرين ومنهم من اوجب الثلاثة فقط وهو ابو حنيفة ومنهم من حد اقل الوتر فى ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو الشافعى ومنهم من حد الاكثر فى ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد بن حنبل وممن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حداً مالك بن أنس وأصحابه * وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترطه بل استحبه معارضة القياس للاثر وذلك ان ظاهر حديث ام عطية يقتضى التوقيت لان فيه اغسلناها ثلاثا او خمساً او اكثر من ذلك ان رأيتن وفي بعض رواياته اوسبعاً واما قياس الميت على الحى في الطهارة فيقتضى

الاتوقيت فيها كماليس فى طهارة الحي توقيت فمن رجح الأثر على النظر قال بالتوقيت ومن رآ الجمع بين الأثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب وأما الذين اختلفوا في التوقيت *فسبب اختلافهم اختلاف الفاظ الروايات في ذلك عن ام عطية فاما الشافعى فانه رآ ان لا ينقص عن اقل من ثلاثة لانه اقل وترنطق به في حديث ابي عطية ورآ ان ما فوق ذلك مباح لقوله عليه السلام اواكثر من ذلك ان رأيتن واما أحمد فاخذ باكثر وترنطق به فى بعض روايات الحديث وهو قوله عليه السلام اوسبعاً وأما أبوحنيفة فصار فى قصره الوتر على الثلاث لما روى ان محمد بن سيرين كان ياخذ الغسل عن ام عطية ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وأيضاً فان الوتر الشرعى عنه انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب ان يغسل فى الاول بالماء القراح وفى الثانية بالسدر والماء وفى الثالثة بالماء والكافور واختلفوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله ام لا فقيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأوا انه يعاد اختلفوا فى العدد الذى تجب به الاعادة ان تكرر خروج الحدث فقيل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعى وقيل يعاد ثلاثا وقيل يعاد سبعاً واجمعوا على انه لا يزاد على السبع شئ واختلفوا في تقليم اظفار الميت والاخذ من شعره فقال قوم يوخذ منه وقال قوم لا تقلم اظفاره ولا يوخذ من شعره وليس فيه أثر *واما سبب الخلاف فى ذلك الخلاف الواقع فى ذلك في الصدر الاول ويشبه ان يكون سبب الخلاف فى ذلك قياس الميت على الحى فمن قاسه اوجب تقليم الاظفار وحلق العانة لانها من سنة الحى باتفاق وكذلك اختلفوا فى عصر بطنه قبل ان يغسل فمنهم من رآ ذلك ومنهم من لم يره فمن رآه رأى ان فيه ضربا من الاستنقاء من الحدث عند ابتدا الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحى ومن لم يرذلك رآ انه من باب تكليف ما لم يشرع وان الحى في ذلك بخلاف الميت

﴿الباب الثالث في الاكفان﴾

والاصل فى هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج ابو داود عن ليلي قائف الثقفية قالت كنت فيمن غسل ام كلثوم بنت رسول الله صلي الله عليه وسلم فكان أول من أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم ادرجت بعد في الثوب الاخر قالت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معه اكفانها يناولناها ثوبا ثوبا فمن العلماء من اخذ بظاهر هذين الأثرين فقال يكفن الرجل في ثلاثة أثواب والمرأة فى خمسة أثواب وبه قال الشافعى وأحمد وجماعة وقال ابو حنيفة اقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب والسنة خمسة أثواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة اثواب ورآ مالك انه لا حد فى ذلك وانه يجزئ ثوب واحد فيهما الا انه يستحب الوتر الموتر *وسبب اختلافهم فى التوقيت اختلافهم فى مفهوم هذين الأثرين فمن فهم منهما الاباحة لم يقل بتوقيت الا انه استحب الوتر لاتفاقهما فى الوتر ولم يفرق فى ذلك بين المرأة والرجل وكانه فهم منهما الاباحة الا فى التوقيت فانه فهم منه شرعا لمناسبته للشرع ومن فهم من العدد انه شرع لا اباحة قال بالتوقيت اما على جهة الوجوب واما على جهة الاستحباب وكله واسع ان شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم احد بنمرة فكانوا اذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه واذا غطوا بها رجليه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه غطوا بها رأسه واجعلوا على رجليه من الاذخر واتفقوا على ان الميت يغطى رأسه ويطيب الا المحرم اذا مات فى احرامه فانهم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم وقال الشافعى لا يغطى رأس المحرم اذا مات ولا يمس طيباً *وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال اتى النبي

صلى

صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال كفنوه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولاتقربوه طيباً فانه يبعث يوم القيامة يلبي واما العموم فهو ماورد من الامر بالغسل مطلقاً فمن خص من الاموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى أحد جعل الحكم منه عليه السلام على الواحد حكماً على الجميع وقال لا يغطى رأس المحرم ولايمس طيباً ومن ذهب مذهب الجمع لامذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الاعرابي خاص به لا يعدى الى غيره

﴿الباب الرابع فى صفة المشى مع الجنازة﴾

واختلفوا فى سنة المشى مع الجنازة فذهب أهل المدينة الى ان من سنتها المشى امامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم ان المشى خلفها أفضل *وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التى روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبى عليه السلام مرسلا المشى امام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال الشافعى وأخذ أهل الكوفة بما رووا عن على بن ابى طالب من طريق عبد الرحمن بن أبي أبزى قال كنت امشى مع على فى جنازة وهو آخذ بيدى وهو يمشي خلفها وابو بكر وعمر يمشيان امامها فقلت له فى ذلك فقال ان فضل الماشى خلفها على الماشى امامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وانهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان ان يسهلان على الناس وروى عنه رضى الله عنه انه قال قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك فانما هى موعظة وتذكرة وعبرة وبما روى أيضاً عن ابن مسعود انه كان يقول سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير على الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الراكب يسير امام الجنازة والماشى خلفها وامامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها وحديث أبى هريرة أيضاً فى هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الاحاديث صار اليها الكوفيون وهى احاديث يصححونها ويضعفها غيرهم واكثر العلماء على ان القيام الى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث على بن ابى طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم فى الجنائز ثم جلس وذهب قوم الى وجوب القيام وتمسكوا فى ذلك بما روى فى ذلك من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم اذا رأيتم الجنائز فقوموا اليها حتى تخلفكم اوتوضع واختلف الذين رأوا ان القيام منسوخ في القيام على القبر فى وقت الدفن فبعضهم رآ انه لم يدخل تحت النهي وبعضهم رآ انه داخل تحت النهى على ظاهر اللفظ ومن اخرجه من ذلك احتج بفعل على فى ذلك وذلك انه روى النسخ وقام على قبر ابن المكفف فقيل له الا تجلس ياامير المومنين فقال قليل لاخينا قيامنا على قبره

﴿الباب الخامس فى الصلاة على الجنازة﴾

وهذه الجملة يتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول ، أحدها فى صفة صلاة الجنازة . والثانى على من يصلى ومن اولى بالصلاة . والثالث في وقت هذه الصلاة . والرابع فى موضع هذه الصلاة : والخامس فى شروط هذه الصلاة

﴿الفصل الاول﴾

فاما صفة الصلاة فانها يتعلق بها مسائل المسئلة الاولى اختلفوا فى عدد التكبير فى الصدر الاول اختلافا كثيراً من ثلاث الي سبع اعنى الصحابة رضى الله عنهم ولكن فقهاء الامصار على ان التكبير في الجنازة اربع الا ابن ابى ليلى وجابر بن زيد فانهما كانا يقولان انها خمس *وسبب الاختلاف اختلاف الآثار فى ذلك وذلك انه روى من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشى في اليوم الذى مات فيه وخرج بهم الى المصلي وصف بهم وكبر اربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك اخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء في هذا المعني أيضاً من انه

عليه السلام صلى علي قبر مسكينة فكبر عليها أربعاً وروى مسلم أيضاً عن عبد الرحمن بن ابي ليلي قال كان زيد بن ارقم يكبر على الجنائز اربعاً وانه كبر على جنازة خمساً فسألناه فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها وروى عن أبي خيثمة عن ابيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز اربعاً وخمساً وستاً وسبعاً وثمانياً حتى مات النجاشي فصف الناس وراءه وكبر أربعاً ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على اربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لائحة للجمهور واجمع العلماء على رفع اليدين فى اول التكبير على الجنازة واختلفوا فى سائر التكبير فقال قوم يرفع وقال قوم لا يرفع وروى الترمذى عن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه في اول التكبير ووضع يده اليمني على اليسرى فمن ذهب الى ظاهر هذا الاثر وكان مذهبه فى الصلاة انه لا يرفع الا فى اول التكبير قال الرفع فى اول التكبير ومن قال يرفع فى كل تكبير شبه التكبير الثاني بالاول لانه كله يفعل في حال القيام والاستواء

﴿المسألة الثانية﴾ اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنازة فقال مالك وابو حنيفة ليس فيها قراءة انما هو الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به فى بلدنا بحال قال وانما يحمد الله ويثنى عليه بعد التكبيرة الاولي ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعى يقرا بعد التكبيرة الاولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل فى سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قال احمد وداود *وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر وهل يتناول ايضاً اسم الصلاة صلاة الجنائز ام لا اما العمل فهو الذى حكاه مالك عن بلده واما الاثر فما رواه البخارى عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرا بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا انها السنة فمن ذهب الى ترجيح هذا الاثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله عليه وسلم لاصلاة الا بفاتحة الكتاب رآ قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن ان يحتج لمذهب مالك بظواهر الاثار التى نقل فيها دعاؤه عليه السلام على الجنائز ولم ينقل فيها انه قرا وعلى هذا فتكون تلك الاثار كانها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لاصلاة الا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوى عن ابن شهاب عن ابى امامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وابناء الذين شهدوا بدراً ان رجلا من اصحاب النبى عليه السلام اخبره ان السنة في الصلاة على الجنائز ان يكبر الامام ثم يقرا فاتحة الكتاب سراً في نفسه ثم يخلص الدعاء في التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذى اخبر به ابو امامة من ذلك لمحمد بن سويد الفهرى فقال وانا سمعت الضحاك بن قيس يحدث عن حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به ابو امامة

﴿المسألة الثالثة﴾ واختلفوا فى التسليم من الجنازة هل هو واحد او اثنان فالجمهور على انه واحد وقالت طائفة وابو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من اصحاب الشافعي وهو احد قولى الشافعى *وسبب اختلافهم اختلافهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليمة واحدة فى الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنازة عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين في الصلاة المفروضة قال هنا بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فهذه سنة وان كانت فرضاً فهذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجهر فيها او لا يجهر بالسلام

﴿المسألة الرابعة﴾ واختلفوا أين يقوم الامام من الجنازة فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكراً كان او انثى وقال قوم آخرون يقوم من الانثى وسطها ومن الذكر عند رأسه ومنهم

من

من قال يقوم من الذكر والانثى عند صدرهما وهو قول ابن القاسم وقول ابي حنيفة وليس عند مالك والشافعي في ذلك حد وقال قوم يقوم منهما اين شاء *والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه خرج البخاري ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على ام كعب وهي نفساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج ابوداود من حديث همام بن غالب قال صليت مع انس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاء والجنازة امرأة فقالوا يا ابا حمزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على الجنائز كبر اربعاً وقام على جنازة المرأة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه قال نعم فاختلف الناس في المفهوم من هذه الافعال فمنهم من رأى أن قيامه عليه السلام في هذه المواضع المختلفة يدل على الاباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى أن قيامه على احد هذه الاوضاع انه شرع وانه يدل على التحديد وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من اخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته فقال المرأة في ذلك والرجل سواء لان الاصل أن حكمهما واحد إلا ان يثبت في ذلك فارق شرعي ومنهم من صحح حديث ابي غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تعارض اصلا وأما مذهب ابن القاسم وأبي حنيفة فلا اعلم له من جهة السمع في ذلك مسنداً الا ماروى عن ابن مسعود من ذلك

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا في ترتيب جنائز الرجال والنساء اذا جتمعوا عند الصلاة فقال الاكثر يجعل الرجال ممايلي الامام والنساء ممايلي القبلة وقال قوم بخلاف هذا أي النساء ممايلي الامام والرجال ممايلي القبلة وفيه قول ثالث انه يصلي على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردون *وسبب الخلاف مايغلب على الظن باعتبار احوال الشرع من انه يجب ان يكون في ذلك شرع محدود مع انه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى كثير من الناس انه ليس في امثال هذه المواضع شرع اصلا وانه لو كان فيها شرع لبين للناس وانما ذهب الاكثر لما قلناه من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك في الموطا من أن عثمان بن عفان وعبدالله بن عمر وأبا هريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معاً فيجعلون الرجال ممايلي الامام ويجعلون النساء ممايلي القبلة وذكر عبدالرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر انه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصي فسألهم عن ذلك او امر من سألهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند عندهم ويشبه ان يكون من قال بتقديم الرجال شبههم امام الامام بحالهم خلف الامام في الصلاة ولقوله عليه السلام أخروهن حيث أخرهن الله وأما من قال بتقديم النساء على الرجال فيشبه ان يكون اعتقد أن الاول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام وأما من فرق فاحتياطاً من ان لايجوز ممنوعاً لانه لم ترد سنة بجواز الجمع يحتمل ان يكون على اصل الاباحة ويحتمل ان يكون ممنوعاً بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب التوقف اذا وجد اليه سبيلا

﴿المسئلة السادسة﴾ واختلفوا في الذي يفوته بعض التكبير على الجنازة في مواضع منها هل يدخل بتكبير ام لا ومنها هل يقضي مافاته ام لا وان قضى فهل يدعوا بين التكبير ام لا فروى اشهب عن مالك انه يكبر اول دخوله وهو احد قولي الشافعي وقال ابو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياساً على من دخل في المفروضة واتفق مالك وابو حنيفة والشافعي على انه يقضي مافاته من التكبير الا أن ابا حنيفة يرى ان يدعوا بين التكبير المقضي ومالك والشافعي يريان ان يقضيه نسقاً وانما

اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه السلام ماادركتم فصلوا ومافاتكم فاتموا فمن رأى أن هـذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضى التكبير ومافاته من الدعاء ومن اخرج الدعاء من ذلك اذكان غير موقت قال يقضى التكبير فقط اذكان هو الموقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فابو حنيفة اخذ بالعموم وهؤلاء بالخصوص

﴿المسئـــلة السابعة﴾ واختلفوا فى الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنازة فقال مالك لا يصلى على القبر وقال ابو حنيفة لا يصلى على القبر الا الولى فقط اذافاتته الصلاة على الجنازة وكان الذى صلى عليها غير وليها وقال الشافعي واحمد وداود وجماعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة واتفق القائلون باجازة الصلاة على القبر ان من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا فى هذه المدة واكثرها شهر *وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر امامخالفة العمل فان ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم انه صلى على قبر امرأة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من اصحاب الحديث قال احمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبى عليه السلام من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسعة وأما البخارى ومسلم فرويا ذلك من طريق ابى هريرة وأما مالك فخرجه مرسلا عن ابى امامة بن سهل وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعى وأما ابو حنيفـة فانه جرى فى ذلك على عادته فيما احسب أعنى من رد اخبار الاحاد التى تعم بهـا البلوى اذالم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار إذا كان خبراً شأنه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه من غلبة الظن تصرفه الى الشك فيه اوالى غلبـة الظن بكذبه اونسخه قال القاضى وقد تكلمنـا فيما سلف من كتابنا هذا فى وجه الاستدلال بالعمل وفي هذا النوع من الاستدلال الذى يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انها من جنس واحد

﴿الفصـــــل الثانى فيمن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم﴾ وأجمع اكثر اهل العلم على اجازة الصلاة على كل من قال لا إله إلا الله وفى ذلك أثر انه قال عليه السلام انه قال صلوا على من قال لا إله إلا الله وسواءكان من اهل الكبائر اومن اهل البدع إلا أن مالكا كره لاهل الفضل الصلاة على اهل البدع ولم ير ان يصلى الامام على من قتله حداً *واختلفوا فيمن قتل نفسه فرأى قوم انه لا يصلى عليه وأجاز آخرون الصلاة عليـه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على اهل الكبائر ولا على اهل البغى والبدع *والسبب فى اختلافهم فى الصلاة امافي اهل البدع فلاختلافهم فى تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتاويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم اذكان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسل لا تاويل اقواله عليه السلام قال الصلاة عليهم جائزة وانمـا اجمع المسلمون على ترك الصـلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات ابداً ولا تقم على قبره الآية وأما اختلافهم فى اهل الكبائر فليس يمكن ان يكون له سبب الا من جهة اختلافهم فى القول بالتكفير بالذنوب لكن ليس هذا مذهب اهل السنة فلذلك ليس ينبغي ان يمتنع الفقهاء الصلاة على اهل الكبائر وأما كراهية مالك الصلاة على اهـل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وانمـا لم ير مالك صلاة الامام على من قتله حداً لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرّجه أبوداود وانمـا اختلفوا فى الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ابى ان يصلى على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الاثر قال لا يصلى على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى أن حكمه حكم المسلمين وان كان من اهل النار كما ورد به الاثر لكن ليس هو من المخلدين لكونه

من

من اهل الايمان وقدقال عليه السلام حكاية عن ربه أخرجوا من النار من فى قلبه مثقال حبة من الايمان *واختلفوا
ايضاً فى الصلاة على الشهداء المقتولين فى المعركة فقال مالك والشافعى لايصلى على الشهيد المقتول في المعركة ولا يغسل
وقال ابو حنيفة يصلى عليه ولايغسل *وسبب اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى ذلك وذلك انه خرج ابوداود
من طريق جابر انه صلى الله عليه وسلم امر بشهداء احد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى من طريق
ابن عباس مسنداً أنه عليه السلام صلى على قتلى احد وعلى حمزة ولم يغسل ولم ييمم وروى ايضاً ذلك مرسلاً من
حديث ابى مالك الغفارى وكذلك روى ايضاً أن اعرابياً جاءه سهم فوقع في حلقه فمات فصلى النبى صلى الله عليه
وسلم عليه وقال إن هذا عبدك خرج مجاهداً فى سبيلك فقتل شهيداً وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الاحاديث
التى اخذ بها وكانت الشافعية تعتل بحديث ابن عباس هذا وتقول يرويه ابن ابي الزناد وكان قد اختل آخر عمره وقد
كان شعبة يطعن فيه وأما المراسيل فليست عندها بحجة واختلفوا متى يصلى على الطفل فقال مالك لايصلى على الطفل
حتى يستهل صارخا وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يصلى عليه اذا نفخ فيه الروح وذلك انه اذا كان له فى بطن امه
اربعة اشهر فاكثر وبه قال ابن ابي ليلى *وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه روى الترمذي
عن جابر بن عبدالله عن النبى عليه السلام انه قال الطفل لايصلى عليه ولا يرث ولايورث حتى يستهل صارخا وروى
عن النبى عليه السلام من حديث المغيرة بن شعبة انه قال الطفل يصلى عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك
عام وهذا مفسر فالواجب ان يحمل ذلك العموم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلى عليه
إذا استهل صارخا ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم أن المعتبر فى الصلاة هو حكم الاسلام والحياة
والطفل اذا تحرك فهو حى وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حي اذا مات صلى عليه فرجحوا هذا العموم على ذلك
الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذ وقال لايصلى على الاطفال اصلا وروى ابو داود أن النبى
عليه السلام لم يصل على ابنه ابراهيم وهو ابن ثمانية اشهر وروى فيه انه صلي عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلفوا
في الصلاة على الاطفال المسبيين فذهب مالك في رواية البصريين عنه أن الطفل من اولاد الحربيين لايصلى عليه
حتى يعقل الاسلام سواء سبى مع ابويه اولم يسب معهما وأن حكمه حكم ابويه إلا ان يسلم الاب فهو تابع له دون الام
ووافقه الشافعى على هذا إلا انه ان اسلم احد ابويه فهو عنده تابع لمن اسلم منهما الا للاب وحده وعلى ما ذهب اليه
مالك وقال ابو حنيفة يصلي على الاطفال المسبيين وحكمهم حكم من سباهم وقال الاوزاعي اذا ملكهم المسلمون صلى
عليهم يعنى اذا بيعوا فى السبى قال وبهذا جرى العمل فى الثغر وبه الفتيا فيه وأجمعوا على انه اذا كانوا مع آبائهم ولم
يملكهم مسلم ولا اسلم احد ابويهم ان حكمهم حكم آبائهم *والسبب فى اختلافهم اختلافهم في اطفال المشركين هل
هم من اهل الجنة او من اهل النار وذلك انه جاء في بعض الآثار انهم من آبائهم أى ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله
عليه السلام كل مولود يولد علي الفطرة ان حكمهم حكم المومنين وأما من اولى بالتقديم للصلاة على الجنازة فقيل الولى
وقيل الوالى فمن قال الوالى شبهه بصلاة الجمعة من حيث هى صلاة جماعة ومن قال الولى شبهها بسائر الحقوق
التى الولى بها احق مثل مواراته ودفنه وأكثر اهل العلم على أن الوالى بها احق قال ابو بكر ابن المنذر وقدم الحسين
بن على سعيد بن العاصى وهو والى المدينة ليصلى علي الحسن بن على وقال لولا انها سنة ماتقدمت قال ابو بكر وبه اقول
وأكثر العلماء على انه لايصلى الا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشى والجمهور على أن

ذلك خاص بالنجاشي وحده ، واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على اكثره لتناول اسم الميت له ومن قال انه يصلى على اقله قال لان حرمة البعض كحرمة الكل لاسيما ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يجيز الصلاة على الغائب

﴿ الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنازة ﴾

واختلفوا في الوقت الذى تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم لا يصلى عليها في الاوقات الثلاثة التي ورد النهي عن الصلاة فيها وهي وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا ان نصلى فيها وان نقبر موتانا الحديث وقال قوم لا يصلى في الغروب والطلوع فقط ويصلي بعد العصر مالم تصفر الشمس وبعد الصبح مالم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة في الاوقات الخمسة التي ورد النهي عن الصلاة فيها وبه قال عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول ابي حنيفة وقال الشافعي يصلى على الجنازة في كل وقت لان النهي عنده انما هو خارج عن النوافل لا على السنن على ماتقدم

﴿ الفصل الرابع في مواضع الصلاة ﴾ واختلفوا في الصلاة على الجنازة في المسجد فاجازها اكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم ابو حنيفة وبعض اصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتحقيقه إذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس في المسجد *وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث ابي هريرة أما حديث عائشة فما رواه مالك من أنها امرت ان يمر عليها بسعد بن ابي وقاص في المسجد حين مات لتدعو له فانكر الناس عليها ذلك فقالت عائشة ما اسرع ما نسي الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل بن بيضاء الا في المسجد وأما حديث ابي هريرة فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صلى على جنازة في المسجد فلا شئ له وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غير ثابت اوغير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل بخلاف ذلك عندهم ويشهد لذلك بروره صلى عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشي وقد زعم بعضهم أن سبب المنع في ذلك هو أن ميت بني آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعي ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنائز في المقابر للنهي الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الاكثر لعموم قوله عليه السلام جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً

﴿ الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة ﴾ واتفق الاكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على أن من شرطها القبلة واختلفوا في جواز التيمم لها اذا خيف فواتها فقال قوم يتيمم ويصلى لها اذا خاف الفوات وبه قال ابو حنيفة وسفيان والاوزاعي وجماعة وقال مالك والشافعي وأحمد لا يصلى عليها بتيمم *وسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها اجاز التيمم أعني من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لانها عنده من فروض الكفاية اومن سنن الكفاية على اختلافهم في ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز ان يصلى على الجنازة بغير طهارة وهو قول الشعبي وهؤلاء ظنوا أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وانما يتناولها اسم الدعاء إذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود

﴿ الباب السادس في الدفن ﴾ وأجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى ألم نجعل الارض كفاتا احياء وأمواتاً وقوله فبعث الله غراباً يبحث في الارض وكره مالك والشافعي تجصيص القبور وأجاز ذلك أبو حنيفة وكذلك كره قوم القعود عليها وقوم اجازوا ذلك وتأولوا النهي عن ذلك انه القعود عليها

لحاجة

لحاجة الانسان والآثار الواردة في النهى عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتاب عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال انزل على القبر لا تؤذى صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من اجاز القعود على القبر بما روي عن زيد بن ثابت انه قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لحدث غائط اوبول قالوا ويؤيد ذلك ماروى عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من على قبر يبول اليه او يتغوط فكانما جلس على جمرة نار والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

﴿كتاب الزكاة﴾

والكلام المحيط بهذه العبادة بعد معرفة وجوبها ينحصر فى خمس إجمل .الجملة الاولى فى معرفة من تجب عليه .الثانية فى معرفة ماتجب فيه من الاموال .الثالثة فى معرفة كم تجب ومن كم تجب .الرابعة فى معرفة متى تجب ومتى لاتجب .الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجب له فامامعرفة وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولاخلاف فى ذلك

﴿الجملة الاولى﴾

وأما على من تجب فانهم اتفقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك للنصاب ملكا تاماً واختلفوا فى وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد واهل الذمة والناقص الملك مثل الذى عليه الدين اوله الدين ومثل المال المحبس الاصل فاما الصغار فان قوماً قالوا تجب الزكاة في اموالهم وبه قال على وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعى والثورى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الامصار وقال قوم ليس في مال اليتيم صدقة اصلا وبه قال النخعى والحسن وسعيد بن جبير من التابعين وفرق قوم بين ماتخرج الارض وبين مالاتخرجه فقالوا عليه الزكاة فيما تخرجه الارض وليس عليه زكاة فيما عدى ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك وهو ابو حنيفة وأصحابه وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة إلا فى الناض *وسبب اختلافهم فى ايجاب الزكاة عليه اولا ايجابها هو اختلافهم فى مفهوم الزكاة الشرعية هل هى عبادة كالصلاة والصيام أم هى حق واجب للفقراء على الاغنياء فمن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين في اموال الاغنياء لم يعتبر فى ذلك بلوغا من غيره وأما من فرق بين ماتخرجه الارض اولاتخرجه وبين الخفى والظاهر فلا اعلم له مستنداً فى هذا الوقت وأما اهل الذمة فان الاكثر على ان لا زكاة على جميعهم الاماروت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى تغلب أعنى ان يوخذ منهم مثلا مايوخذ من المسلمين في كل شئ وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة وأحمد والثورى وليس عن مالك في ذلك قول وانما صار هؤلاء لهذا لانه ثبت انه فعل عمر بن الخطاب بهم وكانهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الاصول تعارضه وأما العبيد فان الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا لازكاة في اموالهم اصلا وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبي عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعى فيما حكاه ابن المنذر والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأوجبت طائفة اخري على العبد فى ماله الزكاة وهو مروى عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر او بعضهم وجمهور من قال لازكاة فى مال العبد هم على ان لازكاة في مال المكاتب حتي يعتق وقال ابو ثور فى مال المكاتب الزكاة *وسبب اختلافهم فى زكاة مال العبد اختلافهم فى هل يملك العبد ملكا تاماً اوغير تام فمن رأى انه لايملك ملكا تاماً وأن السيد هو المالك اذ كان لايخلوا مال

من مالك قال الزكاة على السيد ومن رآ أنه لا واحد منهما يملكه ملكا تاماً لا السيد اذ كانت يد العبد هي التي عليه لا يد السيد ولا العبد ايضاً لان للسيد انتزاعه منه قال لا زكاة في ماله اصلا ومن رآ أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيهاً بتصرف يد الحر قال الزكاة عليه لاسيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الاحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد في المال وأما المالكون الذين عليهم الديون التي تستغرق اموالهم او تستغرق ماتجب فيه الزكاة من اموالهم وبايديهم اموال تجب فيها الزكاة فانهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لا زكاة في مال حباً كان اوغيره حتى تخرج منه الديون فان بقي ماتجب فيه الزكاة زكى والا فلا وبه قال الثوري وأبو ثور وابن المبارك وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب ويمنع ماسواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط الا ان يكون له عروض فيها وفاء من دينه فانه لا يمنع وقال قوم بمقابل القول الاول وهو أن الدين لا يمنع زكاة اصلا *والسبب في اختلافهم اختلافهم هل الزكاة عبادة او حق مرتب في المال للمساكين فمن رآ أنها حق لهم قال لا زكاة في مال من عليه الدين لان حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذي المال بيده ومن قال هي عبادة قال تجب على من بيده مال لان ذلك هو شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين اولم يكن وأيضاً فانه قد تعارض هنالك حقان حق لله وحق للادمى وحق الله احق ان يقضى والاشبه بغرض الشرع اسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه السلام فيها صدقة توخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغنى وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين الناض وغير الناض فلا اعلم له شبهة بينة وقد كان ابو عبيد يقول إنه ان كان لا يعلم ان عليه ديناً لا بقوله لم يصدق وان علم ان عليه ديناً لم يوخذ منه وهذا ليس خلافا لمن يقول باسقاط الدين الزكاة وانما هو خلاف لمن يقول يصدق في الدين كما يصدق في المال وأما المال الذي هو في الذمة أعني في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه ايضاً فقوم قالوا لا زكاة فيه وان قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو واحد قولي الشافعي وبه قال الليث او هو قياس قوله وقوم قالوا اذا قبضه زكاه لما مضى من السنين وقال مالك يزكيه لحول واحد وان اقام عند المديان سنين اذا كان اصله عن عوض وأما اذا كان عن غير عوض مثل الميراث فانه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل في ذلك *ومن هذا الباب اختلافهم في زكاة الثمار المحبسة الاصول وفي زكاة الارض المستاجرة على من تجب زكاة مايخرج منها هل على صاحب الارض او صاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم في ارض الخراج اذا انتقلت من اهل الخراج الى المسلمين وهم اهل العشر وفي ارض العشر وهي ارض المسلمين اذا انتقلت الي الخراج أعني اهل الذمة وذلك انه يشبه ان يكون سبب الخلاف في هذا كله أنها املاك ناقصة ﴿أما المسئلة الاولى﴾ وهي زكاة الثمار المحبسة الاصول فان مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها وفرق قوم بين ان تكون محبسة على المساكين وبين ان تكون على قوم باعيانهم فاوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على قوم باعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على المساكين ولا معني لمن اوجبها على المساكين لانه يجتمع في ذلك شيئان اثنان أحدهما انها ملك ناقص والثانية انها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف اليهم الصدقة لا من الذين تجب عليهم ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي الارض المستاجرة على من تجب زكاة ماتخرجه فان قوماً قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي والثوري وابن المبارك وأبو ثور وجماعة

وقال

وقال ابو حنيفة وأصحابه الزكاة على رب الارض وليس على المستاجر منه شئ * والسبب فى اختلافهم هل العشر حق الارض اوحق الزرع اوحق مجموعهما الاانه لم يقل احدانه حق لمجموعهما وهو في الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد الامرين اختلفوا في ايهما هو اولى ان ينسب الى الموضع الذى فيه الاتفاق وهو كون الزرع والارض لمالك واحد فذهب الجمهور الى انه الشئ الذى تجب فيه الزكاة وهو الحب وذهب أبو حنيفة الى انه للشئ الذى هو اصل الوجوب وهو الارض وأما اختلافهم في ارض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فان الجمهور على أن فيها العشر أعنى الزكاة وقال ابو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشر * وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض اوحق الحب فان قلنا انه حق الارض لم يجتمع فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب وانما يجيء هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء في جواز بيع ارض الخراج وأما اذا انتقلت ارض العشر الي الذمى بزرعها فان الجمهور على انه ليس فيها شئ وقال النعمان اذا اشترى الذمى ارض عشر تحولت ارض خراج فكانه رأ أن العشر هو حق ارض المسلمين والخراج هو حق ارض الذميين لكن كان يجب على هذا الاصل اذا انتقلت ارض الخراج الى المسلمين ان تعود ارض عشر كما أن عنده اذا انتقلت ارض العشر الى الذمي عادت ارض خراج ويتعلق بالمالك مسائل اليق المواضع بذكرها هو هذا الباب ، أحدها اذا اخرج المرء الزكاة فضاعت ، والثانية اذا امكن اخراجها فهلك بعض المال قبل الاخراج ، والثالثة اذا مات وعليه زكاة ، والرابعة اذا باع الزرع او الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا وهبه

فاما المسئلة الاولى

وهي إذا اخرج الزكاة فضاعت فان قوماً قالوا تجزى عنه وقوم قالوا هو لها ضامن حتى يضعها موضعها وقوم فرقوا بين ان يخرجها بعد ان امكنه اخراجها وبين ان يخرجها اول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم ان اخرجها بعد ايام من الامكان والوجوب ضمن وان اخرجها فى اول الوجوب ولم يقع منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى مابقى وبه قال ابو ثور والشافعى وقال قوم بل يعد الذاهب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين فى الباقى بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقيان شريكين على تلك النسبة في الباقى فيتحصل فى المسئلة خمسة اقوال . قول انه لا يضمن باطلاق . وقول انه يضمن باطلاق . وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم يضمن ، وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى مابقي . والقول الخامس يكونان شريكين في الباقي

وأما المسئلة الثانية

اذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم قالوا يزكي مابقي وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع بعض مالهما * والسبب فى اختلافهم تشبيه الزكاة بالديون أعنى ان يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال او تشبيهها بالحقوق التى تتعلق بعين المال لا بذمة الذى يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكى الزكاة بالامناء قال اذا اخرج فهلك المخرج فلا شئ عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفريط اولا تفريط الحقهم بالامناء من جميع الوجوه اذ كان الامين يضمن اذا فرط وأما من قال اذا لم يفرط زكى مابقى فانه شبه من هلك بعض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما انه اذا وجبت الزكاة عليه فانما يزكى الموجود فقط كذلك هذا انما يزكى الموجود من ماله فقط * وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والامين والشريك ومن هلك بعض ماله

قبل الوجوب وأما اذا وجبت الزكاة وتمكن الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيما احسب انه ضامن الا فى الماشية عند من رآ أن وجوبها انما يتم بشرط خروج الساعي مع الحول وهو مذهب مالك

وأما المسئلة الثالثة وهى إذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فان قوماً قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقوم قالوا إن اوصى بها اخرجت عنه من الثلث والا فلاشئ عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها ان ضاق الثلث ومنهم من قال لايبدأ بها وعن مالك القولان جميعاً ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية وأما اختلافهم في المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوماً قالوا ياخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشترى بقيمته علي البائع وبه قال ابو ثور وقال قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة المشترى بالخيار بين انفاذ البيع ورده والعشر ماخوذ من الثمرة اومن الحب الذى وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة على البائع * وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته واتلاف عينه فمن شبهه بذلك قال الزكاة مترتبة فى ذمة المتلف والمفوت ومن قال البيع ليس باتلاف لعين المال ولا تفويت له وانما هو بمنزلة من باع ماليس له قال الزكاة في عين المال ثم هل البيع مفسوخ اوغير مفسوخ نظر آخر يذكر في باب البيوع ان شاء الله تعالى * ومن هذا النوع هو اختلافهم فى زكاة المال الموهوب وفى بعض هذه المسائل التى ذكرنا تفصيل فى المذهب لم نر ان نتعرض له اذكان ذلك غير موافق لغرضنا مع انه يعسر فيها اعطاء اسباب تلك الفروق لانها اكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التى تزكى من التي لاتزكى والديون المسقطة للزكاة من التى لاتسقطها فهذا ما رأينا ان نذكر فى هذه الجملة وهى معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التى تجب به وأحكام من تجب عليه وقد بقى من احكامه حكم مشهور وهو ماذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها فذهب ابوبكر رضي الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم في مانع الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسبا ذريتهم وخالفه في ذلك عمر رضى الله عنه واطلق من كان استرق منهم وبقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها * وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذى هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط او من شرطه وجود العمل معه فمنهم من رآ أن من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة اذا صدق بها فحكمه حكم المومن عند الله والجمهور وهم اهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعني في اعتقاد الايمان الذى ضده الكفر من الاعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله إلا الله ويومنوا بى فاشترط مع العلم القول وهو عمل من الاعمال فمن شبه سائر الافعال الواجبة بالقول قال جميع الاعمال المفروضة شرط فى العلم الذى هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التى اتفق الجمهور على انها ليست شرطاً فى العلم الذى هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المومن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذى عليه الجمهور

الجملة الثانية

وأما ما تجب فيه الزكاة من الاموال فانهم اتفقوا منها على اشياء واختلفوا فى اشياء أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلى وثلاثة اصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفى الزيت خلاف شاذ ، واختلفوا اما من الذهب ففى الحلى فقط وذلك انه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعى الى انه لا زكاة فيه اذا اريد للزينة واللباس وقال

ابو

ابو حنيفة وأصحابه فيه الزكاة * والسبب في اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة في جميع الاشياء فمن شبهه بالعروض التي المقصود منها المنافع اولا قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالتبر والفضة التي المقصود منها المعاملة بها اولا قال فيه الزكاة ولاختلافهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في ذلك وذلك في انه روى جابر عن النبي عليه السلام انه قال ليس في الحلى زكاة وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفي يد ابنتها مسك من ذهب فقال لها اتودين زكاة هذا قالت لا قال ايسرك ان يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار فخلعتهما والقتهما الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والاثران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الا مالك لاختلافهم تردد الحلى المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منها اولا المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التي المقصود منها بالوضع الاول خلاف المقصود من التبر والفضة اعنى الانتفاع بها لا المعاملة واعنى بالمعاملة كونها ثمناً واختلف قول مالك في الحلى المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلى المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة *واما ما اختلفوا فيه من الحيوان فمنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صنفه اما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على ان لا زكاة في الخيل فذهب أبو حنيفة الى انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعنى اذا كانت ذكرانا واناثا *والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ ومايظن من معارضة اللفظ للفظ فيها اما اللفظ الذى يقتضى الازكاة فيها فقوله عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة واما القياس الذى عارض هذا العموم فهو ان الخيل السائمة حيوان مقصود بها النماء والنسل فاشبه الابل والبقر واما اللفظ الذى يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه السلام وقد ذكر الخيل ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فذهب ابو حنيفة الى ان حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها قال القاضى وان يكون هذا اللفظ مجملا احرى منه ان يكون عاما فيحتج به في الزكاة وخالف اباحنيفة في هذه المسئلة صاحباه ابو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضى الله عنه انه قال كان يأخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم *واما ما اختلفوا في صنفه فهي السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قوما اوجبوا الزكاة في هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت اوغير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الامصار لا زكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الانواع *وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة القياس لعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه السلام في أربعين شاة شاة واما المقيد فقوله عليه السلام في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه ان يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضاً معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله عليه السلام في سائمة الغنم الزكاة يقتضى الازكاة في غير السائمة وعموم قوله عليه السلام في اربعين شاة شاة يقتضى ان السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم اقوي من دليل الخطاب كما ان تغليب المقيد على المطلق اشهر من تغليب المطلق على المقيد وذهب ابو محمد بن حزم الى ان المطلق يقضى على المقيد وان في الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك في الابل لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقه وان البقر لما لم يثبت فيها اثر وجب ان يتمسك فيها بالاجماع وهو ان الزكاة في السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قول ثالث واما القياس المعارض لعموم قوله عليه السلام فيها في اربعين شاة شاة فهو ان السائمة هي التي المقصود منها النماء والربح وهو الموجود فيها أكثر

ذلك والزكاة انما هي فضلاة الاموال والفضلاة انما توجد أكثر ذلك في الاموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة في غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورآ ان العموم أقوى اوجب ذلك في الصنفين جميعاً فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التي تجب فيه الزكاة واجمعوا على انه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة الا العسل فانهم اختلفوا فيه فالجمهور على انه لازكاة فيه وقال قوم فيه الزكاة * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه السلام في كل عشرة ازق زق خرجه الترمذي وغيره واما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف الاربعة التي ذكرناها فهو جنس النبات الذي تجب فيها الزكاة فنهم من لم ير الزكاة الا في تلك الاربع فقط وبه قال ابن ابي ليلى وسفيان الثوري وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة في جميع المدخر المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعي ومنهم من قال الزكاة في كل ماتخرجه الارض ماعدى الحشيش والحطب والقصب وهو ابو حنيفة * وسبب الخلاف اما بين من قصر الزكاة على الاصناف المجمع عليها وبين من عداها الى المدخر المقتات فهو اختلافهم في تعلق الزكاة بهذه الاصناف الاربعة هل هو لعينها اولعلة فيها وهي الاقتيات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلة الاقتيات عدى الوجوب لجميع المقتات * وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداه الى جميع ماتخرجه الارض الا ما وقع عليه الاجماع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ اما اللفظ الذي يقتضى العموم فهو قوله عليه السلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وما بمعنى الذي والذي من الفاظ العموم وقوله تعالى وهو الذي انشأ جنات معروشات الآية الى قوله وآتوا حقه يوم حصاده وأما القياس فهو ان الزكاة انما المقصود منها سد الخلة وذلك لايكون غالباً الا فيما هو قوت فمن خصص العموم بهذا القياس اسقط الزكاة مما عدى المقتات ومن غلب العموم اوجبها فيما عدى ذلك الا ما اخرجه الاجماع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا في اشياء من قبل اختلافهم فيها هل هي مقتاتة ام ليست بمقتاتة وهل يقاس على ما اتفق عليه اوليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان مالكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعي في قوله الاخير بمصر * وسبب اختلافهم هل هو قوت ام ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك في ايجاب الزكاة في التين اولا ايجابها وذهب بعضهم الى ان الزكاة تجب في الثمار دون الخضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات الآية ومن فرق في الآية بين الثمار والزيتون فلا وجه لقوله الاوجه ضعيف واتفقوا على الا زكاة في العروض التي لم يقصد بها التجارة واختلفوا في ايجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم اختلافهم في وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامرنا ان نخرج الزكاة مما نعده للبيع وفيما روى عنه عليه السلام انه قال ادوا زكاة البر واما القياس الذي اعتمده الجمهور فهو ان العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التنمية فاشبه الاجناس الثلاثة التي فيها الزكاة باتفاق اعني الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوي ان زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى ان مثل هذا هو اجماع من الصحابة أعني اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافه وفيه ضعف

الجملة الثالثة

واما معرفة النصاب في واحد واحد من هذه الاموال المزكاة وهو المقدار الذي فيه تجب الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أعني في

عينه

عينه وقدره. فانا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه في جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ولنجعل الكلام في ذلك في فصول . الفصل الاول في الذهب والفضة . الثاني في الابل. الثالث في الغنم . الرابع في البقر . الخامس في النبات. السادس في العروض

﴿الفصل الاول﴾

اما المقدار الذي يجب فيه الزكاة من الفضة فانهم اتفقوا على انه خمس اواق لقوله عليه السلام الثابت ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة ماعدي المعدن من الفضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي المقدار الواجب فيه والاوقية عندهم أربعون درهما كيلا واما القدر الواجب فيه فانهم اتفقوا على ان الواجب في ذلك هو ربع العشر أعني في الفضة والذهب معاً مالم يكونا خرجا من معدن واختلفوا من هذا الباب في مواضع خمسة أحدها في نصاب الذهب والثاني هل فيهما اوقاص ام لا أعني هل فوق النصاب قدر لا تزيد الزكاة بزيادته والثالث هل يضم بعضها الى بعض في الزكاة فيعدان كصنف واحد أعني عند اقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان والرابع هل من شرط النصاب ان يكون له واحداً لا اثنين الخامس في اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه

﴿أما المسئلة الاولى﴾

وهي اختلافهم في نصاب الذهب فان أكثر العلماء على ان الزكاة تجب في عشرين ديناراً وزنا كما تجب في مائتي درهم هذا مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة فقهاء الامصار وقالت طائفة منهم الحسن بن ابي الحسن البصرى وأكثر أصحاب داود بن علي ليس في الذهب شئ حتي يبلغ أربعين ديناراً ففيها ربع عشرها دينار واحد وقالت طائفة ثالثة ليس في الذهب زكاة حتي يبلغ صرفها مائتي درهم أو قيمتها فاذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين ديناراً أواقل أوأكثر هذا فيما كان منها دون الاربعين ديناراً فاذا بلغت أربعين ديناراً كان الاعتبار بها نفسها الابالدراهم لا صرفا ولا قيمة *وسبب اختلافهم في نصاب الذهب انه لم يثبت في ذلك شئ عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب الفضة وماروى الحسن بن عمارة من حديث علي انه عليه السلام قال هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين ديناراً نصف دينار فليس عند الاكثر مما يجب العمل به لانفراد الحسن بن عمارة به فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتمد في ذلك على الاجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الاربعين واما مالك فاعتمد في ذلك على العمل ولذلك قال في الموطا السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ان الزكاة تجب في عشرين ديناراً كما تجب في مائتي درهم واما الذين جعلوا الزكاة فيما دون الاربعين تبعاً للدراهم فانه لما كان عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هي الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعاً لها في القيمة لا في الوزن وذلك فيما دون موضع الاجماع ولما قيل أيضاً ان الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيما دون خمس اواق من الرقة صدقة

﴿المسئلة الثانية﴾

واما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فان الجمهور قالوا ان ما زاد على مائتي درهم من الوزن ففيه بحساب ذلك أعني ربع العشر وممن قال بهذا القول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم أهل العراق لاشئ فيما زاد على المائتي درهم حتي تبلغ الزيادة أربعين درهما فاذا بلغتها كان فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما *وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمارة ومعارضة دليل الخطاب له وترددها بين اصلين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب اما حديث الحسن بن عمارة فانه رواه عن أبي اسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي الله صلى الله

عليه وسلم قال قدعفوت عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين ديناراً نصف دينار وليس في مائتي درهم شئ حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فمازاد ففي كل أربعين درهما درهم وفي كل أربعة دنانير تزيد على العشرين ديناراً درهم حتى تبلغ أربعين ديناراً ففي كل اربعين دينار وفي كل اربعة وعشرين نصف دينار ودرهم واما دليل الخطاب المعارض له فقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة ومفهومه ان فيما زاد على ذلك الصدقة قل او كثر واما ترددها بين الاصلين اللذين هما الماشية والحبوب فان النص على الاوقاص ورد في الماشية واجمعوا على انه لا اوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لا وقص

﴿واما المسئلة الثالثة﴾

وهي ضم الذهب الى الفضة في الزكاة فان عند مالك وابي حنيفة وجماعة انها تضم الدراهم الى الدنانير فاذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعي وابو ثور وداود لا يضم ذهب الي فضة ولا فضة الى ذهب * وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لعينه ام لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء رؤوس الاموال وقيم المتلفات فمن رآ ان المعتبر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم احدهما الى الثاني كالحال في البقر والغنم ومن رآ ان المعتبر فيهما هو ذلك الامر الجامع الذى قلناه اوجب ضم بعضهما الي بعض ويشبه ان يكون الاظهر اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات انفسها وان كان قد يوهم ان ايجادها اتفاق المنافع وهو الذى اعتمد مالك رحمه الله فى هذا الباب وفى باب الربا والذين اجازوا ضمهما اختلفوا فى صفة الضم فرآ مالك ضمهما بصرف محدود وذلك بان ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز ان يخرج من الواحد عن الاخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة فى وقت الزكاة فمن كانت عنده مثلا مائة درهم وتسعة مثاقيل فيها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة اومن كانت عنده مائة درهم تساوى احدعشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه ايضاً فيهما الزكاة وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وبمثل هذا القول قال الثورى الا انه يراعي الاحوط للمساكين فى الضم اعنى القيمة اوالصرف المحدود ومنهم من قال يضم الاقل منهما الى الاكثر ولا يضم الاكثر الى الاقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها ابدا كانت الدنانير اقل من الدراهم اواكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم اصل والدنانير فرع اذ كان لم يثبت في الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ اربعين وقال بعضهم اذا كان عنده نصاب من احدهما ضم اليه قليل الآخر وكثيره ولم ير الضم فى تكميل النصاب اذا لم يكن فى واحد منهما نصاب بل فى مجموعهما * وسبب هذا الارتباك ماراموه من ان يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف فى الوزن نصابا واحداً وهذا كله لا معنى له ولعل من رام ضم احدهما الى الآخر فقد احدث حكماً فى الشرع حيث لا حكم لانه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل فى عادة التكليف والامر بالبيان ان يكون فى امثال هذه الاشياء المحتملة حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع حتى يكون سكوته سبباً لان يعرض فيه من الاختلاف مامقداره هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف

﴿واما المسئلة الرابعة﴾

فان عند مالك وابى حنيفة ان الشريكين ليس يجب على احدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد * وسبب اختلافهم الاجمال الذي فى قوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق من

الورق

الورق صدقة فان هذا القدر يمكن ان يفهم منه انه انما يخصه هذا الحكم اذا كان لمالك وحده فقط ويمكن ان يفهم منه انه يخصه هذا الحكم كان لمالك واحد او أكثر من مالك واحد إلا أنه لما كان منهوم اشتراط النصاب إنما هو الرفق فواجب ان يكون النصاب من شرطه ان يكون لمالك واحد وهو الاظهر والله أعلم والشافعى كانه شبه الشركة بالخلطة ولكن تاثير الخلطة فى الزكاة غير متفق عليه على ما سياتى بعد ﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهى اختلافهم فى اعتبار النصاب فى المعدن وقدر الواجب فيه فان مالكا والشافعى راعيا النصاب فى المعدن وإنما الخلاف بينهما ان مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعى على ما سنقول بعد فى الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما يخرج منه هو ربع العشر واما أبو حنيفة فلم ير فيه نصابا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس * وسبب الخلاف فى ذلك هل اسم الركاز يتناول المعدن أم لا يتناوله لانه قال عليه السلام وفى الركاز الخمس وروى اشهب عن مالك ان المعدن الذى يوجد بغير عمل انه ركاز وفيه الخمس *فسبب اختلافهم فى هذا هو اختلافهم فى دلالة اللفظ وهو أحد أسباب الاختلافات العامة التى ذكرناها ﴿الفصل الثانى فى نصاب الابل والواجب فيه﴾

وأجمع المسلمون على ان فى كل خمس من الابل شاة الى أربع وعشرين فاذا كانت خمساً وعشرين ففيها ابنة مخاض إلى خمس وثلاثين فان لم تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر فاذا كانت ستاً وثلاثين ففيها بنت لبون الى خمس وأربعين فاذا كانت ستاً وأربعين ففيها حقة إلى ستين فاذا كانت واحداً وستين ففيها جذعة إلى خمس وسبعين فاذا كانت ستاً وسبعين ففيها ابنتا لبون إلى تسعين فاذا كانت واحداً وتسعين ففيها حقتان إلى عشرين ومائة لثبوت هذا كله فى كتاب الصدقة الذى أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده أبو بكر وعمر واختلفوا منها فى مواضع منها فيما زاد على العشرين والمائة ومنها إذا عدم السن الواجبة عليه وعنده السن الذى فوقه أو الذى تحته ما حكمه ومنها هل تجب الزكاة فى صغار الابل وإن وجبت فما الواجب ﴿فاما المسئلة الاولى﴾ وهى اختلافهم فيما زاد على المائة وعشرين فان مالكا قال إذا زادت على عشرين ومائة واحدة فالمصدق بالخيار إن شاء أخذ ثلاث بنات لبون وان شاء أخذ حقتين إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن القاسم من اصحابه بل ياخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى ان تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعى وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحاب مالك بل ياخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار إلى أن يبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه والثورى إذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضة على أولها ومعنى عودها ان يكون عندهم في كل خمس ذود شاة فاذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة للخمس فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فاذا كانت خمساً وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شياة إلى أربعين ومائة ففيها حقتان وأربع شياة إلى خمس وأربعين ومائة فاذا بلغتها ففيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة والعشرين وابنة المخاض للخمس وعشرين كما كانت فى الفرض الاول إلى خمسين ومائة فاذا بلغتها ففيها ثلاث حقاق فاذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها الفريضة الاولى إلى أن يبلغ مائتين فيكون فيها أربع حقاق ثم يستقبل بها الفريضة وأما ما عدى الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على أن ما زاد على المائة والثلاثين ففى كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم في عودة الفرض اولا عودته اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة أنه قال عليه السلام فما زاد

على العشرين ومائة ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة وروى من طريق أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبى عليه السلام انه كتب كتاب الصدقة وفيه إذا زادت الابل على مائة وعشرين استوبقت الفريضة فذهب الجمهور إلي ترجيح الحديث الاول إذ هو اثبت وذهب الكوفيون إلى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول على وابن مسعود قالوا ولا يصح ان يكون مثل هذا إلا توقيفاً إذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس *وأما سبب اختلاف مالك وأصحابه والشافعى فيما زاد على المائة وعشرين إلى الثلاثين فلانه لم يستقم لهم حساب الاربعينات ولا الخمسينات فمن رآ انما بين المائة وعشرين إلى أن يستقيم الحساب وقص قال ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شئ ظاهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث وأما الشافعى وابن القاسم فانما ذهبا الى أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب في كتاب الصدقة أنها اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتالبون وحقة *فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر الثابت للتفسير الذى فى هذا الحديث فان الماجشون رجح ظاهر الاثر للاتفاق على ثبوته وابن القاسم والشافعي حملوا المفسر على المجمل وأما تخيير مالك الساعي فكانه جمع بين الاثرين والله أعلم

﴿وأما المسئلة الثانية﴾

وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن الذى فوق هذا السن أو تحته فان مالكا قال يكلف شراء ذلك السن وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذى عنده احط اوشاتين وان كان أعلى دفع اليه المصدق عشرين درهما اوشاتين وهذا ثابت فى كتاب الصدقة فلا معنى للمنازعة فيه ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعى وأبو ثور وقال أبو حنيفة الواجب عليه القيمة على أصله فى اخراج القيم فى الزكاة وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وما بينهما من القيمة

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾

وهى هل تجب فى صغار الابل وان وجبت فما ذا يكلف فان قوما قالوا تجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا تجب *وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أو لا يتناوله والذين قالوا لا تجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن عقلة أنه قال اتانا مصدق النبى عليه السلام فاتيته فجلست اليه فسمعته يقول ان فى عهدى الا آخذ من راضع لبن ولا اجمع بين مفترق ولا نفرق بين مجتمع قال وأتاه رجل بناقة كوماء فابي ان ياخذها والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكلف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال ياخذ منها وهو الاقيس ونحو هذا الاختلاف اختلفوا فى صغار البقر وسخال الغنم

﴿الفصل الثالث فى نصاب البقر وقدر الواجب فى ذلك﴾

جمهور العلماء على ان فى ثلاثين من البقر تبيعاً وفي أربعين مسنه وقالت طائفة فى كل عشر من البقر شاة الى ثلاثين ففيها تبيع وقيل اذا بلغت خمساً وعشرين ففيها بقرة الى خمس وسبعين ففيها بقرتان اذا جاوزت ذلك فاذا بلغت مائة وعشرين ففى كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد ابن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الاربعين والستين فذهب مالك والشافعى وأحمد والثورى وجماعة ان لا شئ فيما زاد على الاربعين حتى تبلغ ستين فاذا بلغت ستين ففيها تبيعان الى سبعين ففيها مسنة وتبيع الى ثمانين ففيها مسنتان الى تسعين ففيها ثلاثة تبع الي مائة ففيها تبيعان ومسنة ثم هكذا مازاد ففي كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة *وسبب اختلافهم في النصاب ان حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرجه الشيخان *وسبب اختلاف فقهاء الامصار فى الوقص فى البقر أنه جاء فى حديث

معاذ

معاذ هذا انه توقف في الاوقاص وقال حتى اسئل فيها النبي عليه السلام فلما قدم عليه وجده قد توفى صلى الله عليه وسلم فلما لم يرد فى ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فمن قاسها على الابل والغنم لم ير فى الاوقاص شيئاً ومن قال ان الاصل ان في الاوقاص الزكاة الا ما استثناه الدليل من ذلك وجب الا يكون عنده في البقر وقص اذ لا دليل هنالك من اجماع ولا غيره

الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك

واجمعوا من هذا الباب على ان فى سائمة الغنم اذا بلغت أربعين شاة شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين فثلاث شياه الى ثلاث مائة فاذا زادت على الثلاث مائة ففى كل مائة شاة وذلك عند الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاث مائة شاة وشاة واحدة ان فيها أربع شياه واذا كانت أربع مائة شاة وشاة ففيها خمس شياه وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والآثار الثابتة المرفوعة فى كتاب الصدقة على ما قال الجمهور واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم واختلفوا فى أى صنف منها ياخذ المصدق فقال مالك ياخذ من الاكثر عدداً فان استوت خير الساعي وقال أبو حنيفة بل الساعي يخير اذا اختلفت الاصناف وقال الشافعى ياخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضى الله عنه نعد عليهم بالسخلة يحملها الراعى ولا ياخذ الاكولة ولا الربي ولا الماخض ولا فحل الغنم ويأخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه وكذلك اتفق جماعة فقهاء الامصار على انه لا يوخذ فى الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك فى كتاب الصدقة الا ان يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين واختلفوا فى العميا وذات العلة هل تعد على صاحب المال ام لا فرأى مالك والشافعى ان تعد وروي عن أبى حنيفة انها لا تعد * وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الاصحاء والمرضى أم لا يتناولهما واختلفوا من هذا الباب فى نسل الامهات هل تعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذا لم تبلغ نصابا فقال مالك يعتد بها وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور لا يعتد بالسخال الا أن تكون الامهات نصابا * وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضى الله عنه اذ أمران تعد عليهم بالسخال ولا يوخذ منها شئ فان قوما فهموا من هذا اذا كانت الامهات نصابا وقوم فهموا هذا مطلقاً واحسب ان أهل الظاهر لا يوجبون فى السخال شيئاً ولا يعدون بها لا كانت الامهات نصابا ولا لم تكن لان اسم الجنس لا ينطلق عليها عندهم وأكثر الفقهاء على ان للخلطة تاثيراً فى قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تاثير فى قدر النصاب أم لا وأما أبو حنيفة وأصحابه فلم يروا للخلطة تاثيراً لا فى قدر الواجب ولا فى قدر النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعي وأكثر فقهاء الامصار اتفقوا على ان الخلطاء يزكون زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما فى نصاب الخلطاء هل يعد نصاب ملك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثانى فى صفة الخلطة التى لها تاثير فى ذلك واما اختلافهم أولا فى هل للخلطة تاثير فى النصاب وفى الواجب او ليس لها تاثير * فسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم ما ثبت فى كتاب الصدقة من قوله عليه السلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا للخلطة تاثيراً ما فى النصاب والقدر الواجب أو فى القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه السلام وما كان من خلطين فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخلطين كملك رجل واحد فان هذا الأثر مخصص لقوله عليه

السلام ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة أما فى الزكاة عند مالك وأصحابه أعني فى قدر الواجب وأما فى الزكاة والنصاب معاً عند الشافعى وأصحابه وأما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشريكين قد يقال لهما خليطان ويحتمل ان يكون قوله عليه السلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما هو نهى للسعاة ان يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات او يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال فى هذا الحديث وجب الا يخصص به الاصول الثابتة المجتمع عليها اعنى ان النصاب والحق الواجب فى الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد واما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو اظهر فى الخلطة نفسها منه فى الشركة واذا كان ذلك كذلك فقوله عليه السلام فيهما انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه السلام انهما يتراجعان بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشريكين ليس يتصور بينهما تراجع اذ المأخوذ هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال الخليطان انما يزكيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعاً لحكم الحق الواجب قال نصابهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاتهما زكاة الرجل الواحد وكل واحد من هؤلاء انزل قوله عليه السلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على ما ذهب اليه فاما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان للخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهما فيها ثلاث شياه فاذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولا يجمع بين مفترق ان يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم اربعون شاة فاذا جمعوها كان عليهم شاة واحد فعلى مذهبه النهي انما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب واما الشافعى فقال معنى قوله ولا يفرق بين مجتمع ان يكون رجلان لهما اربعون شاة فاذا فرقا غنمهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد فى الحكم واما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هى الخلطة المؤثرة فى الزكاة فاما الشافعى فقال ان من شرط الخلطة ان تختلط ماشيتهما وتراحا لواحد وتحلبا لواحد وتسرحا لواحد وتسقيا معاً وتكون فحولهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك لا يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم واما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا فى الدلو والحوض والمراح والراعى والفحل واختلف اصحابه في مراعاة بعض هذه الاوصاف او جميعها * وسبب اختلافهم اشتراط اسم الخلطة ولذلك لم ير قوم تاثير الخلطة فى الزكاة وهو مذهب ابى محمد بن حزم الاندلسى

﴿الفصل الخامس فى نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب فى ذلك﴾

واجمعوا على ان الواجب فى الحبوب اما ما سقى بالسماء فالعشر واما ما سقى بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم واما النصاب فانهم اختلفوا فى وجوبه فى هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى ايجاب النصاب فيه وهو خمسة اوسق والوسق ستون صاعا باجماع والصاع اربعة امداد بمد النبى عليه السلام والجمهور على ان مده رطل وثلث وزيادة يسيرة بالبغدادى واليه رجع ابو يوسف حين ناظره مالك على مذهب اهل العراق لشهادة اهل المدينة بذلك وكان ابو حنيفة يقول فى المد انه رطلان وفى الصاع انه ثمانية ارطال وقال ابو حنيفة ليس فى الحبوب والثمار نصاب * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه السلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى ان

الخصوص يبنى على العموم قال لابد من النصاب وهو المشهور ومن رآ أن العموم والخصوص متعارضان اذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر اذ كان قد ينسخ بالخصوص العموم عنده وينسخ العموم بالخصوص اذ كل ماوجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لانصاب ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزءي الذى تعارضا فيه فان العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فانه السبب الذى صير الجمهور الى ان يقولوا بني العام على الخاص وعلى الحنفية فليس بنيانا فان التعارض بينهما موجود الا ان يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء واحتجاج ابى حنيفة فى النصاب بهذا العموم فيه ضعف فان الحديث انما خرج مخرج تبيين القدر الواجب منه واختلفوا من هذا الباب فى النصاب في ثلاث مسائل .المسئلة الاولى فى ضم الحبوب بعضها الى بعض فى النصاب .الثانية في جواز تقدير النصاب فى العنب والتمر بالخرص .الثالثة هل يحسب على الرجل ما ياكله من ثمره وزرعه قبل الحصاد والجذاذ فى النصاب ام لا

أما المسئلة الاولى فانهم أجمعوا على أن الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده الى رديه وتوخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما أعنى من الجيد والردى فان كان التمر اصنافاً اخذ من وسطه واختلفوا فى ضم القطانى بعضها الى بعض وفي ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت أيضاً وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطاني كلها اصناف كثيرة بحسب اسمائها ولا يضم منها شئ الى غيره فى حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم اصناف ثلاثة لا يضم واحد منها الى الاخر تكميل النصاب * وسبب الخلاف هل المراعاة في الصنف الواحد هو اتفاق المنافع او اتفاق الاسماء فمن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلف اسماؤها فهي اصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهى صنف واحد وان اختلفت اسماؤها فكل واحد منهما يروم ان يقرر قاعدته باستقراء الشرع أعنى أن أحدهما يحتج لمذهبه بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها الاسماء والاخر بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه ان يكون شهادة الشرع للاسماء فى الزكاة اكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجودا فى الشرع والله اعلم

وأما المسئلة الثانية وهى تقدير النصاب بالخرص واعتباره بدون الكيل فان جمهور العلماء على اجازة الخرص فى النخيل والاعناب حين يبدوا صلاحها لضرورة ان يخلى بينها وبين اهلها ياكلونها رطباً وقال داود لاخرص الا فى النخيل فقط وقال ابو حنيفة وصاحباه الخرص باطل وعلى رب المال ان يؤدى عشر ما تحصل بيده زاد على الخرص او نقص منه * والسبب فى اختلافهم في جواز الخرص معارضة الاصول للاثر الوارد فى ذلك أما الاثر الوارد فى ذلك وهو الذي تمسك به الجمهور فهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرسل عبد الله بن رواحة وغيره الى خيبر فيخرص عليهم النخل فاما الاصول الذى تعارضه فلانه من باب المزابنة المنهى عنها وهو بيع التمر فى رءوس النخل بالتمر كيلا ولانه ايضاً من باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة وكلاهما من اصول الربا فلما رآ الكوفيون هذا مع أن الخرص الذى كان يخرص على اهل خيبر لم يكن للزكاة اذ كانوا ليسوا باهل زكاة قالوا يحتمل ان يكون تخميناً ليعلم ما بايدي كل قوم من الثمار قال القاضى اما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان فى القسمة لما روى أن عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الخرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلى أعنى فى قسمة الثمار لا فى قسمة الحب واما بحسب حديث عائشة

الذى رواه ابوداود فانما الخرص لموضع النصيب الواجب عليهم فى ذلك والحديث هو انها قالت وهى تذكر شأن خيبر كان النبى صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خيبر فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يوكل منه وخرص الثمار لم يخرجه الشيخان وكيف ما كان فالخرص مستثنى من تلك الاصول هذا إن ثبت انه كان منه عليه السلام حكماً منه على المسلمين فان الحكم لو ثبت على اهل الذمة ليس يجب ان يكون حكماً على المسلمين الابدليل والله اعلم ولو صح حديث عتاب بن اسيد لكان جواز الخرص بيناً والله اعلم وحديث عتاب بن اسيد هو انه قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اخرص العنب واخذ زكاته زبيباً كما يوخذ زكاة النخل تمراً وحديث عتاب بن اسيد طعن فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجز داود خرص العنب واختلف من اوجب الزكاة فى الزيتون فى جواز خرصه * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قياسه فى ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل فى الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة فى الزيتون هو الزيت لا الحب قياساً على التمر والزبيب وقال مالك في العنب لا الذى يتزبب والزيتون الذي لا ينعصر أرى ان يوخذ منه حباً

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فان مالكا وأباحنيفة قالا يحسب على الرجل ما اكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد فى النصاب وقال الشافعى لا يحسب عليه ويترك الخارص لرب المال ما ياكل هو واهله * والسبب فى اختلافهم مايعارض الاثار فى ذلك من الكتاب والقياس أما السنة في ذلك فما رواه سهل بن ابى حثمة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث اباحثمة خارصاً فجاء رجل فقال يارسول الله أن اباحثمة قد زاد علىّ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن ابن عمك يزعم انك زدت عليه فقال يارسول الله اقد تركت له قدر عرية اهله ومايطعمه المساكين وماتسقطه الريح فقال قد زادك ابن عمك وانصفك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خففوا في الخرص فان فى المال العرية والاكلة والوصية والعامل والنوائب وما وجب فى الثمر من الحق وأما الكتاب المعارض لهذه الاثار والقياس فقوله تعالى كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده وأما القياس فلانه مال فوجبت فيه الزكاة اصله سائر الاموال فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بقدر الواجب في الزكاة والواجب منه في هذه الاجناس الثلاثة التى الزكاة مخرجة من اعيانها لم يختلفوا انها اذا اخرجت من الاعيان انفسها انها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها ان يخرج بدل العين القيمة اولا يجوز فقال مالك والشافعى لا يجوز اخراج القيم فى الزكوات بدل المنصوص عليه في الزكوات وقال ابو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه اولم يقدر * وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة او حق واجب للمساكين فمن قال انها عبادة قال ان اخرج من غير تلك الاعيان لم يجز لانه اذا اتى بالعبادة على غير الجهة المامور بها فهى فاسدة ومن قال هى حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت الشافعية لنا ان نقول وان سلمنا انها حق للمساكين أن الشارع انما علق الحق بالعين قصداً منه لتشريك الفقراء مع الاغنياء فى اعيان الاموال والحنفية تقول انما خصت بالذكر اعيان الاموال تسهيلا على ارباب الاموال لان كل ذى مال انما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذى بين يديه ولذلك جاء فى بعض الاثر انه جعل فى الدية على اهل الحلل حللا على ما ياتي في كتاب الحدود

﴿ الفصل السادس فى نصاب العروض ﴾

والنصاب فى العروض على مذهب القائلين بذلك انما هو فيما اتخذ منها للبيع خاصة على ما يقدر قبل والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب فى العين اذ كانت هذه هى قيم المتلفات ورءوس الاموال وكذلك الحول فى العروض عند الذين اوجبوا الزكاة في العروض فان مالكا قال اذا باع العروض زكاة لسنة واحدة كالحال فى الدين وذلك عنده فى التاجر الذى تنضبط له اوقات شراء عروضه وأما الذين لا ينضبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصون باسم المدير فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم ان يقوم ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذى يرتجى قبضه ان لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله فى دين غير المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصابا ادى زكاته وسواء نض له في عامه شئ من العين اولم ينض بلغ نصابا اولم يبلغ نصابا وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه فى العروض شئ فمنهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذى شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك وقال المزني زكاة العروض تكون من اعيانها لا من اثمانها وقال الجمهور الشافعى وأبو حنيفة واحمد والثورى والاوزاعى وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وانه من اشترى عرضاً للتجارة فحال عليه الحول قومه وزكاه وقال قوم بل يزكي ثمنه الذي ابتاعه به لا قيمته وانما لم يوجب الجمهور على المدير شيئاً لان الحول انما يشترط فى عين المال لا فى نوعه وأما مالك فشبه النوع هاهنا بالعين لئلا تسقط الزكاة رأساً عن المدير وهذا هو بان يكون شرعا زائداً اشبه منه بان يكون شرعا مستنبطاً من شرع ثابت ومثل هذا هو الذى يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذي لا يستند الى اصل منصوص عليه فى الشرع الا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وان لم يستند الى اصول منصوص عليها

﴿الجملة الرابعة في وقت الزكاة﴾

وأما وقت الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب الزكاة فى الذهب والفضة والماشية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولانتشاره في الصحابة رضى الله عنهم ولانتشار العمل به ولاعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز ان يكون الا عن توقيف وقد روى مرفوعاً من حديث ابن عمر عن النبى صلي الله عليه وسلم انه قال لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول وهذا مجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس فيه فى الصدر الاول خلاف الا ما روى عن ابن عباس ومعاوية * وسبب الاختلاف انه لم يرد فى ذلك حديث ثابت واختلفوا من هذا الباب فى مسائل ثمانية مشهورة .إحداها هل يشترط الحول في المعدن اذا قلنا ان الواجب فيه ربع العشر .الثانية في اعتبار حول ربح المال .الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة .الرابعة في اعتبار حول الدين اذا قلنا إن فيه الزكاة .الخامسة فى اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيها الزكاة .السادسة فى حول فائدة الماشية .السابعة فى حول نسل الغنم اذا قلنا انها تضم الى الامهات اما على رأى من يشترط ان تكون الامهات نصابا وهو الشافعى وأبو حنيفة واما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك .والثامنة فى جواز اخراج الزكاة قبل الحول

﴿أما المسئلة الاولي﴾

وهى المعدن فان الشافعى راعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعي فيه النصاب دون الحول * وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ما تخرجه الارض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنيين فمن شبهه بما تخرجه الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنيين اوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة ابين والله اعلم

﴿المسئلة الثانية﴾

وأما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا

فيه على ثلاثة اقوال فرآ الشافعى انقوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصابا اولم يكن وهو مروى عن عمر بن عبدالعزيز انه كتب الاتعرض لارباح التجار حتى يحول عليها الحول وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أى اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصابا اواقل من نصاب اذابلغ الاصل مع ربحه نصابا قال ابوعبيد ولم يتابعه عليه أحدمن الفقهاء الااصحابه وفرق قوم بين انيكون رأس المال الحائل عليه الحول نصابا اولايكون فقالوا انكان نصابا زكى الربح مع رأس ماله وان لم يك نصابا لم يزك وممن قال بهذا القول الاوزاعي وأبو ثور وأبوحنيفة * وسبب اختلافهم تردد الربح بين انيكون حكمه حكم المال المستفاد اوحكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الا ان من شروط هذا التشبيه انيكون رأس المال قدوجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان نصابا ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل فى مذهب مالك ويشبه انيكون الذى اعتمده مالك رضى الله عنه فى ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم مختلف ايضاً فيه وقدروى عن مالك مثل قول الجمهور

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى حول الفوائد فانهم اجمعوا على أن المال اذا كان اقل من نصاب واستفيد اليه مال من غير ربحه من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم كمل ، واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر قدحال عليه الحول فقال مالك يزكى المستفاد انكان نصابا لحوله ولايضم الى المال الذى وجبت فيه الزكاة وبهذا القول في الفوائد قال الشافعى وقال ابوحنيفة وأصحابه والثورى الفوائد كلها تزكى بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم * وسبب اختلافهم هل حكمه حكم المال الوارد عليه أم حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر فمن قال حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر أعنى مالا فيه زكاة قال لازكاة فى الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان فى الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه السلام لازكاة فى مال حتى يحول عليه الحول يقتضى الايضاف مال الى مال الابدليل وكان أباحنيفة اعتمد فى هذا قياس الناض على الماشية ومن اصله الذى يعتمده فى هذا الباب أنه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا في جميع اجزائه بل ان يوجد نصابا فى طرفيه فقط وبعضاً منه في كله فعنده انه اذا كان مال فى أول الحول نصابا ثم هلك بعضه فصار اقل من نصاب ثم استفاد مالا فى آخر الحول صار به نصابا انه تجب فيه الزكاة وهذا عنده موجود فى هذا المال لانه لم يستكمل الحول وهو في جميع اجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن الفى في طرفى الحول نصابا والظاهر أن الحول الذى اشترط في المال انما هو فى مال معين لايزيد ولاينقص لابربح ولا بفائدة ولابغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك أنما بقى حولا عند المالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هى فى فضول الاموال وأما من رآ ان اشتراط الحول فى المال انما سببه النماء فواجب عليه انيقول تضم الفوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وان يعتبر النصاب فى طرفي الحول فتأمل هذا فانه بين والله اعلم ولذلك رآ مالك أن من كان عنده فى اول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وابدلها فى آخر الحول بماشية من نوعها انما تجب فيها الزكاة فكأنه اعتبر ايضاً طرفي الحول على مذهب ابى حنيفة وأخذ ايضاً ما اعتمد ابوحنيفة فى فائدة الناض القياس على فائدة الماشية على ما قلناه

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وأما اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوماً قالوا يعتبر

ذلك

ذلك فيه من اول ما كان ديناً يزكيه لعدة ذلك ان كان حولا فحول وان كان احوالا فاحوال أعنى انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان كان احوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يزكيه لعام واحد وان اقام الدين احوالا عند الذى عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بايجاب الزكاة فى الدين ومن قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التي اقام فصيراً الى تشبيه الدين بالمال الحاضر وأمامن قال الزكاة فيه لحول واحد وان اقام احوالا فلا اعرف له مستنداً فى وقتى هذا لانه لايخلوا ما دام ديناً ان يقول ان فيه زكاة اولايقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستانف به وان كان فيه زكاة فلايخلوا ان يشترط فيها الحول اولايشترط ذلك فان اشترطنا وجب ان يعتبر عدد الاحول الاان يقول كلما انقضى حول فلم يتمكن من ادائه سقط عنه ذلك الحق اللازم في ذلك الحول فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الاحق العام الاخير وهذا يشبهه مالك بالعروض التى للتجارة فانها لاتجب عنده فيها زكاة الااذا باعها وان اقامت عنده احوالا كثيرة وفيه شبه مما بالماشية التى لاياتي الساعى اعواما اليها ثم ياتى فيجدها قدنقصت فانه يزكى على مذهب مالك الذى وجد فقط لانه لما ان حال عليها الحول فيماتقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة اذ كان مجىء الساعي شرطاً عنده فى اخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الحاضر وحوسب بهفى الاعوام السالفة كان الواجب فيها اقل او اكثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهوشئ يجرى على غير قياس وانما اعتبر مالك فيه العمل ٭ وأما الشافعى فيراه ضامناً لانه ليس مجىء الساعي شرطاً عنده في الوجوب وعلى هذا كل من رآ انه لايجوز ان يخرج زكاة ماله الابان يدفعها الى الامام فعدم الامام اوعدم الامام العادل ان كان ممن شرط العدالة فى ذلك انه ان هلكت بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا شئ عليه ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة أعني أن من الديون عنده مايزكى لعام واحد فقط مثل ديون التجارة ومنها ما يستقبل بها الحول مثل ديون المواريث والثالث دين المدير وتحصيل قوله في الديون ليس بغرضنا

﴿ الخامسة ﴾ وهي حول العروض وقد تقدم القول فيها عند القول في نصاب العروض

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهى فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه فى فوائد الناض وذلك انه يبنى الفائدة على الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل أبو حنيفة فى فائدة الدراهم وفى فائدة الماشية فابو حنيفة مذهبه فى الفوائد حكم واحد أعنى انها تبنى على الاصل اذا كانت نصابا كانت فائدة غنم اوفائدة ناض والارباح عنده والنسل كالفوائد وأما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية وأما الشافعي فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بانفسهما وفوائد الماشية ونسلهما واحد ايضاً باعتبار حولهما بالاصل اذا كان نصابا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة وكانه انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والا فالقياس فيهما واحد أعنى ان الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وحديث عمر هذا هو انه امر ان يعد عليهم بالسخال ولاياخذ منها شيئاً وقد تقدم الحديث فى باب النصاب

﴿ المسئلة السابعة ﴾ وهي اعتبار حول نسل الغنم فان مالكا قال حول النسل هو حول الامهات كانت الامهات نصابا اولم تكن كما قال فى ربح الناض وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور لايكون حول النسل حول الامهات الاان تكون الامهات نصابا ٭ وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى ربح المال

﴿ وأما المسئلة الثامنة ﴾ وهى جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزه ابو حنيفة والشافعى * وسبب الخلاف هل هى عبادة اوحق واجب للمساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة اجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعى برأيه بحديث على أن النبى عليه السلام استسلف صدقة العباس قبل محلها

﴿ الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة ﴾ والكلام فى هذا الباب فى ثلاثة فصول . الاول فى عدد الاصناف الذين تجب لهم . الثانى فى صفتهم التى تقتضى ذلك . الثالث كم يجب لهم

﴿ الفصل الاول ﴾ فاما عددهم فهم الثمانية التى نص الله عليهم فى قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية واختلفوا من العدد فى مسئلتين إحداهما هل يجوز ان تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد من هؤلاء الاصناف ام هم شركاء فى الصدقة لايجوز ان يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة الى انه يجوز للامام ان يصرفها فى صنف واحد او اكثر من صنف واحد اذا رآ ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعى لايجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سمي الله تعالى * وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى ان يؤثر بها اهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الخلة فكان تعديدهم فى الآية عند هؤلاء انما ورد لتمييز الجنس أعنى اهل الصدقات لاتشريكهم فى الصدقة فالاول اظهر من جهة اللفظ وهذا اظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعى مارواه أبو داود عن الصدائى أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم ان يعطيه من الصدقة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره فى الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية اجزاء فان كنت من تلك الاجزاء اعطيتك حقك ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا فقال مالك لامؤلفة اليوم وقال الشافعي وأبو حنيفة بل حق المؤلفة باق الى اليوم اذا رآ الامام ذلك وهم الذين يتألفهم الامام على الاسلام * وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبى صلي الله عليه وسلم اوعام له ولسائر الامة والاظهر انه عام له وهل يجوز ذلك للامام فى كل احواله اوفى حال دون حال أعني فى حال الضعف لافى حال القوة ولذلك قال مالك لاحاجة الى المؤلفة الان لقوة الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه الى المصالح

﴿ الفصل الثاني ﴾ وأما صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر الذى هو ضد الغنا لقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين واختلفوا فى الغنى الذى تجوز له الصدقة من الذى لاتجوز ومامقدار الغنى المحرم للصدقة فاما الغنى الذى لاتجوز له الصدقة فان الجمهور على انه لاتجوز الصدقة للاغنياء باجمعهم الاللخمس التى نص عليهم النبي عليه السلام فى قوله لاتحل الصدقة لغنى الالخمسة لغاز فى سبيل الله او لعامل عليها اولغارم اولرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغنى وروى عن ابن القاسم انه لايجوز اخذ الصدقة لغنى اصلا مجاهداً كان عاملا والذين اجازوها للعامل وان كان غنياً اجازوها للقضاة ومن فى معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو الاتجوز لغنى اصلا * وسبب اختلافهم هو هل العلة فى ايجاب الصدقة للاصناف المذكورين هو الحاجة فقط اوالحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك باهل الحاجة المنصوص عليهم فى الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب اخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الاصناف المنصوص عليهم وأما حد الغنى الذى يمنع من الصدقة فذهب الشافعي الي

أن

أن المانع من الصدقة هو اقل ماينطلق عليه الاسم وذهب أبو حنيفة الى أن الغنى هو ملك النصاب لانهم الذين سماهم النبى عليه السلام اغنياء لقوله في حديث معاذ له فاخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة توخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم واذا كان الاغنياء هم الذين هم اهل النصاب وجب ان يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس فى ذلك حد انما هو راجع الى الاجتهاد * وسبب اختلافهم هو الغنى المانع هو معنى شرعي أم معنى لغوى فمن قال معنى شرعى قال وجود النصاب هو الغنى ومن قال معنى لغوى اعتبر فى ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم فمن رآ أن اقل ماينطلق عليه الاسم هو محدود في كل وقت وفي كل شخص جعل حده هذا ومن رآ انه غير محدود وان ذلك يختلف باختلاف الحالات الحاجات والاشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وأن ذلك راجع الى الاجتهاد وقد روى أبو داود في حديث الغنى الذى يمنع الصدقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهماً وفى اثر آخر انه ملك اوقية وهى اربعون درهماً وأحسب ان قوماً قالوا بهذه الاثار في حد الغنى واختلفوا من هذا الباب فى صفة الفقير والمسكين والفصل الذي بينهما فقال قوم الفقير احسن حالا من المسكين وبه قال البغداديون من اصحاب مالك وقال آخرون المسكين احسن حالا من الفقير وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعي في احد قوليه وفى قوله الثانى انهما اسمان دالان على معني واحد وإلى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوى ان لم تكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقراء اللغة ان يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالاقل والاكثر في كل واحد منهما لأن هذا راتب من احدهما على قدر غير القدر الذى الاخر راتب عليه واختلفوا في قوله تعالى وفي الرقاب فقال مالك هم العبيد يعتقهم الامام ويكون ولاءهم للمسلمين وقال الشافعى وأبو حنيفة هم المكاتبون وابن السبيل هو عندهم المسافر في طاعة ينفد زاده فلايجد ماينفقه وبعضهم يشترط فيه ان يكون ابن السبيل جار الصدقة وأما فى سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار وقال الشافعي هو الغازى جار الصدقة وانما اشترط جار الصدقة لان عند اكثرهم أنه لايجوز تنقيل الصدقة من بلد الى بلد الا من ضرورة

﴿ الفصل الثالث ﴾ وأما قدر ما يعطى من ذلك أما الغارم فيقدر عليه اذا كان دينه فى طاعة وفي غير سرف بل فى امر ضرورى وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله الى بلده ويشبه ان يكون مايحمله الى مغزاه عند من جعل أن السبيل الغازى واختلفوا فى مقدار مايعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحد مالك فى ذلك حداً وصرفه الي الاجتهاد وبه قال الشافعى قال وسواء كان مايعطى من ذلك نصابا او اقل من نصاب وكره ابو حنيفة ان يعطى احد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثوري لايعطى احدا اكثر من خمسين درهما وقال الليث يعطى مايبتاع به خادماً اذا كان ذا عيال وكانت الزكاة كثيرة وكان اكثرهم مجمعون على انه لايجب ان يعطى عطية يصيرها من الغنى فى مرتبة من لاتجوز له الصدقة لان ما حصل له من ذلك المال فوق القدر الذى هو به من اهل الصدقة صار فى اول مراتب الغنى فهو حرام عليه وانما اختلفوا فى ذلك لاختلافهم فى هذا القدر فهذه المسئلة كانها تبنى على معرفة اول مراتب الغنى وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء انه انما ياخذ بقدر عمله فهذا مارأينا ان نثبته فى هذا الكتاب وان تذكرنا شيئاً مما يشاكل غرضنا الحقناه به ان شاء الله تعالى

﴿ كتاب زكاة الفطر ﴾ والكلام فى هذه الزكاة يتعلق بفصول .أحدها فى معرفة حكمها .والثانى فى معرفة من تجب عليه .والثالث كم تجب عليه ومماذا تجب عليه .والرابع متى تجب عليه .والخامس من تجوز له

الفصل الاول فامازكاة الفطر فان الجمهور على انها فرض وذهب بعض المتأخرين من اصحاب مالك الى انها سنة وبه قال اهل العراق وقال قوم هي منسوخة بالزكاة * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ثبت من حديث عبدالله بن عمر انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعا من تمر اوصاعا من شعير على كل حر اوعبد ذكر اوانثي من المسلمين وظاهر هذا يقتضي الوجوب على مذهب من يقلد الصاحب في فهم الوجوب اوالندب من امره عليه السلام اذا لم يجد لنا لفظة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حديث الاعرابي المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل على غيرها قال لا الا ان تطوع فذهب الجمهور الى أن هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير الى انها غير داخلة واحتجوا في ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال كان رسول صلى الله عليه وسلم يامرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم نومر بها ولم ننه عنها ونحن نفعله

الفصل الثاني فيمن تجب عليه وعمن تجب وأجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بها ذكرانا كانوا او اناثا صغاراً اوكباراً عبيداً او احراراً لحديث ابن عمر المتقدم الاما شذ فيه الليث فقال ليس على اهل العمود زكاة الفطر وانما هي على اهل القري ولاحجة له وماشذ ايضاً من قول من لم يوجبها على اليتيم وأما عمن تجب فانهم اتفقوا على انها تجب علي المرء في نفسه وأنها زكاة بدن لازكاة مال وأنها تجب في ولده الصغار عليه اذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده اذا لم يكن لهم مال واختلفوا فيما سوي ذلك وتلخيص مذهب مالك في ذلك انها تلزم الرجل عمن الزمه الشرع النفقة عليه ووافقه في ذلك الشافعي وانما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن تلزم المرء نفقته اذا كان معسراً ومن ليس تلزمه وخالفه أبو حنيفة في الزوجة وقال تؤدى عن نفسها وخالفهم ابو ثور في العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده وبه قال اهل الظاهر والجمهور على انه لا تجب على المرء في اولاده الصغار اذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن هي على الاب وان اعطاها من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه الزكاة الغنى عند اكثرهم ولا نصاب بل ان يكون فضلا عن قوته وقوة عياله وقال ابو حنيفة وأصحابه لا تجب على من تجوز له الصدقة لانه لا يجتمع ان تجوز له وان تجب عليه وذلك بين والله اعلم وانما اتفق الجمهور على أن هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف في ذاته فقط كالحال في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لايجابها على الصغير والعبيد فمن فهم من هذا أن علة الحكم الولاية قال الولى يلزمه اخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من هذه النفقة قال المنفق يجب ان يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما عرض هذا الاختلاف لانه اتفق في الصغير والعبد وهما اللذان نبها على أن هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيها ووجوب النفقة فذهب مالك إلي أن العلة في ذلك وجوب النفقة وذهب أبو حنيفة الى أن العلة في ذلك الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقد روى مرفوعا أدّوا زكاة الفطر عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور * واختلفوا من العبيد في مسائل * أحدها كما قلنا وجوب زكاته على السيد إذا كان له مال وذلك مبنى على انه يملك اولا يملك * والثانية في العبد الكافر هل يؤدى عنه زكاته أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه * والسبب في اختلافهم في الزيادة الواردة في ذلك في حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فانه قد خولف فيها نافع فكون ابن عمر ايضاً الذى هو

راوى الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبيد الكفار وللخلاف ايضاً سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد في العبد هل هى لمكان أن العبد مكلف اوانه مال فمن قال لمكان انه مكلف اشترط الاسلام ومن قال لمكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا اعتق ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر انه لا يلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات * والثالثة في المكاتب فان مالكا وأباثور قالا يؤدى عنه سيده زكاة الفطر وقال الشافعى وأبوحنيفة وأحمد لازكاة عليه فيه * والسبب في اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد . والرابعة فى عبيد التجارة ذهب مالك والشافعى وأحمد الى أن على السيد فيهم زكاة الفطر وقال أبوحنيفة وغيره ليس في عبيد التجارة صدقة * وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبد يقتضى وجوب الزكاة فى عبيد التجارة وغيرهم وعند أبي حنيفة أن هذا العموم مخصص بالقياس وذلك هو اجتماع زكاتين فى مال واحد وكذلك اختلفوا في عبيد العبيد وفروع هذا الباب كثيرة

الفصل الثالث

وأما مماذا تجب فان قوماً ذهبوا الى أنها تجب امامن البر اومن التمر اوالشعير اوالزبيب اوالاقط وأن ذلك على التخيير للذى تجب عليه وقوم ذهبوا الى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد اوقوت المكلف اذالم يقدر على قوت البلد وهو الذى حكاه عبدالوهاب عن المذهب * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم حديث ابى سعيد الخدرى انه قال كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام اوصاعا من شعير اوصاعا من اقط اوصاعا من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال أى اخرج من هذه اجزأعنه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الاباحة وإنما سببه اعتبار قوت المخرج اوقوت غالب البلد قال بالقول الثانى وأما كم يجب فان العلماء اتفقوا على انه لايؤدى في زكاة الفطر من التمر والشعير اقل من صاع لثبوت ذلك فى حديث ابن عمر واختلفوا فى قدر مايؤدى من القمح فقال مالك والشافعى لايجزى منه اقل من صاع وقال أبوحنيفة وأصحابه يجزى من البر نصف صاع والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار وذلك أنه جاء فى حديث ابي سعيد الخدرى انه قال كنا نخرج زكاة الفطر فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام اوصاعا من شعير اوصاعا من اقط او صاعا من تمر او صاعا من زبيب وظاهره انه اراد بالطعام القمح وروى الزهرى ايضاً عن ابى صعيد عن ابيه أن رسول الله عليه وسلم قال فى صدقة الفطر صاعاً من بر بين اثنين اوصاعاً من شعير اوتمر عن كل واحد خرّجه أبوداود وروى عن ابن المسيب انه قال كانت صدقة الفطر علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة اوصاعاً من شعير اوصاعاً من تمر فمن اخذ بهذه الاحاديث قال نصف صاع من البر ومن اخذ بظاهر حديث ابى سعيد وقاس البر فى ذلك على الشعير سوى بينهما فى الوجوب

الفصل الرابع

وأما متى يجب اخراج زكاة الفطر فانهم اتفقوا على انها تجب فى آخر رمضان لحديث ابن عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان . واختلفوا فى تحديد الوقت فقال مالك فى رواية ابن القاسم عنه تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر وروي عنه اشهب انها تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالاول قال ابوحنيفة وبالثانى قال الشافعى * وسبب اختلافهم هل هى عبادة متعلقة بيوم العيد اوبخروج شهر رمضان لان ليلة العيد ليست من شهر رمضان وفائدة هذا الاختلاف في المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لاتجب

الفصل الخامس

وأما لمن تصرف فاجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه السلام

اغنوهم عن السؤال فى هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجمهور على أنها لاتجوز لهم وقال أبو حنيفة
تجوز لهم * وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط اوالفقر والاسلام معاً فمن قال الفقر والاسلام لم يجزها
للذميين ومن قال الفقر فقط اجازها لهم واشترط قوم فى اهل الذمة الذين تجوز لهم ان يكونوا رهبانا وأجمع
المسلمون على أن زكاة الاموال لاتجوز لاهل الذمة لقوله عليه السلام صدقة توخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم
صلى الله على محمد وآله وسلم تسليما

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيام

وهذا الكتاب ينقسم اولا قسمين أحدهما في الصوم الواجب والآخر في
المندوب اليه والنظر فى الصوم الواجب ينقسم الى قسمين أحدهما فى الصوم والآخر في الفطر اما القسم الاول وهو
الصيام فانه ينقسم أولا الى جملتين احداها معرفة أنواع الصيام الواجب والآخر معرفة أركانه واما القسم الذى
يتضمن النظر في الفطر فانه ينقسم الى معرفة المفطرات والي معرفة المفطرين واحكامهم فلنبدا بالقسم الاول من هذا
الكتاب وبالجملة الاولى منه وهى معرفة أنواع الصيام فنقول ان الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه
والواجب ثلاثة اقسام منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه ومنه ما يجب لعلة وهو صيام الكفارات
ومنه ما يجب بايجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر والذى يتضمن هذا الكتاب القول فيه من انواع
هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط واما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التى تجب منها الكفارة
وكذلك صوم النذر يذكر فى كتاب النذر فاما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع فاما
الكتاب فقوله تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون وأما السنة ففى قوله عليه
السلام بنى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابى وصيام شهر رمضان قال هل على غيرها قال لا الا
ان تطوع واما الاجماع فانه لم ينقل الينا خلاف عن أحد من الايمة فى ذلك واما على من يجب وجوبا غير مخير فهو
البالغ العاقل الحاضر الصحيح اذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهى الحيض للنساء هذا لاخلاف فيه لقوله
تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه

الجملة الثانية فى الاركان

والاركان ثلاثة
اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المفطرات والثالث مختلف فيه وهو النية فاما الركن الاول الذي هو
الزمان فانه ينقسم الى قسمين أحدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو
أيام هذا الشهر دون الليالى ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها فلنبدا بما يتعلق
من ذلك بزمان الوجوب واول ذلك فى تحديد طرفى هذا الزمان وثانياً فى معرفة الطريق التى بها يتوصل الى
معرفة العلامة المحدودة له في حق شخص شخص وافق افق فاما طرفا هذا الزمان فان العلماء اجمعوا على ان الشهر
العربى يكون تسعاً وعشرين ويكون ثلاثين وعلى ان الاعتبار فى تحديد شهر رمضان انما هو الرؤية لقوله
عليه السلام صوموا للرؤية وافطروا لرؤية وعنى بالرؤية أول ظهور القمر بعد السواد واختلفوا في الحكم اذا غم
الشهر ولم تمكن الرؤية وفى وقت الرؤية المعتبر فاما اختلافهم اذا غم الهلال فان الجمهور يرون ان الحكم فى ذلك
ان تكمل العدة ثلاثين فان كان الذى غم هلال أول الشهر عد الشهر الذى قبله ثلاثون يوما وكان أول رمضان
الحادى والثلاثين وان كان الذى غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما وذهب ابن عمر الى انه ان كان المغمي
عليه هلال أول الشهر صيم اليوم الثانى وهو الذى يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف انه اذا اغمي

الهلال رجع الى الحساب بسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعى انه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال مرئى وقد غم فان له ان يعتقد الصوم ويجزيه * وسبب اختلافهم الاجمال الذي فى قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤية وافطروا لرؤية فان غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى ان تاويله اكملوا العدة ثلاثين ومنهم من رآ ان معنى التقدير له هو عدة بالحساب ومنهم من رآ ان معنى ذلك ان يصبح المرء صائما وهو مذهب ابن عمر كما ذكرناه فيه بعد فى اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا التاويل لحديث ابن عباس الثابت انه قال عليه السلام فان غم عليكم فاكملوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب ان يحمل المجمل على المفسر وهي طريقة لا خلاف فيها بين الاصوليين فانه ليس عندهم بين المجمل والمفسر تعارض اصلا فمذهب الجمهور في هذا لائح والله أعلم وأما اختلافهم فى اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على انه اذا رآ من العشى ان الشهر من اليوم الثانى واختلفوا اذا رآ في سائر اوقات النهار اعنى أول ما رىء فذهب الجمهور أن القمر فى أول وقت رىء من النهار انه لليوم المستقبل كحكم رؤيته بالعشى وبهذا القول قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور أصحابهم وقال أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة والثورى وابن حبيب من أصحاب مالك إذا رىء الهلال قبل الزوال فهو لليلة الماضية وان رىء بعد الزوال فهو للآتية * وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سبيله التجربة والرجوع الى الاخبار فى ذلك وليس فى ذلك أثر عن النبى عليه السلام يرجع اليه لكن روى عن عمر رضى الله عنه أثر ان أحدهما عام والاخر مفسر فذهب قوم إلى العام وذهب قوم إلي المفسر فاما العام فهو ما رواه الاعمش عن أبى وائل شقيق بن سلمة قال أتانا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الاهلة بعضها أكبر من بعض فاذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا حتى يشهد رجلان انهما رأياه بالامس وأما الخاص فما روى الثورى عنه انه بلغ عمر بن الخطاب ان قوما رأوا الهلال بعد الزوال فافطروا فكتب اليهم يلومهم وقال إذا رأيتم الهلال نهاراً قبل الزوال فافطروا وإذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا قال القاضى الذى يقتضى القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب إلا وهو بعيد منها لانه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية وإن كان مختلف فى الكبر والصغر فبعيد والله أعلم ان يبلغ من الكبر ان يرى والشمس بعد لم تغب ولكن المعتمد فى ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق فى ذلك قبل الزوال ولا بعده وانما المعتبر فى ذلك مغيب الشمس أو لا مغيبها * واما اختلافهم فى حصول العلم بالرؤية فان له طريقين أحدهما الحس والاخر الخبر فاما طريق الحس فان العلماء أجمعوا على ان من أبصر هلال الصوم وحده ان عليه أن يصوم الا عطاء ابن أبى رباح فانه قال لا يصوم إلا برؤية غيره معه واختلفوا هل يفطر برؤيته وحده فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى أنه لا يفطر وقال الشافعى يفطر وبه قال أبو ثور وهذا لا معنى له فان النبى عليه السلام قد أوجب الصوم والفطر للرؤية والرؤية إنما تكون بالحس ولولا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث وانما فرق من فرق بين هلال الصوم والفطر لمكان سد الذريعة الا يدعي الفساق انهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعي ان خاف التهمة امسك عن الاكل والشرب واعتقد الفطر وشذ مالك فقال من افطر وقد رآ الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة وقال أبو حنيفة عليه القضاء فقط واما طريق الخبر فانهم اختلفوا فى عدد المخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفى صفتهم فاما مالك فقال انه لا يجوز ان يصام ولا يفطر باقل من شهادة رجلين عدلين وقال الشافعى في رواية المدنى انه

يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر باقل من شهادة رجلين وقال أبو حنيفة إن كانت السماء مغيمة قبل
واحد وإن كانت صاحية بمصر كبير لم تقبل إلا شهادة الجم الغفير وروى عنه انه تقبل شهادة عدلين إذا كانت السماء
مصحية وقد روى عن مالك أنه لا تقبل شهادة الشاهدين إلا إذا كانت السماء مغيمة وأجمعوا على أنه لا يقبل في الفطر
إلا إثنان الا ابا ثور فانه لم يفرق فى ذلك بين الصوم والفطر كما فرق الشافعى * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى
هذا الباب وتردد الخبر في ذلك بين ان يكون من باب الشهادة او من باب العمل بالاحاديث التى لا يشترط فيها العدد
اما الآثار فمن ذلك ما خرجه ابو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب انه خطب الناس فى اليوم الذى يشك فيه
فقال انى جالست اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسائلتهم وانهم حدثونى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
صوموا لرؤية وافطروا لرؤية فان غم عليكم فأتموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وافطروا ومنها حديث ابن
عباس انه قال جاء اعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ابصرت الهلال الليلة فقال اتشهد ان لا اله الا الله وان
محمداً عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال اذن فى الناس فليصوموا غداً خرجه الترمذى قال وفي اسناده خلاف لانه
رواه جماعة مرسلا ومنها حديث ربعى بن خراش خرجه ابو داود عن ربعى بن خراش عن رجل من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الناس فى آخر يوم من رمضان فقام اعرابيان فشهدا عند النبى صلى الله عليه وسلم
لاهل الهلال امس عشية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس ان يفطروا وان يعودوا الى المصلى فذهب الناس
فى هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعى جمع بين حديث ابن عباس وحديث ربعى بن خراش
على ظاهرهما فأوجب الصوم بشهادة واحد والفطر باثنين ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس
أعني تشبيه ذلك بالشهادة فى الحقوق ويشبه ان يكون ابو ثور لم ير تعارضاً بين حديث ابن عباس وحديث ربعى بن
خراش وذلك ان الذى في حديث ربعى بن خراش انه قضى بشهادة اثنين وفى حديث ابن عباس انه قضى بشهادة واحد
وذلك مما يدل على جواز الامرين جميعاً لا ان ذلك تعارض ولا ان القضاء الاول مختص بالصوم والثاني بالفطر فان
القول بهذا انما ينبنى على توهم التعارض وكذلك يشبه الا ان يكون تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين
حديث ابن عباس الا بدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد قوى ان قول ابي ثور على شذوذه هو ابين
مع ان تشبيه الراءى بالراوى هو امثل من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة اما ان يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير
معللة فلا يجوز ان يقيس عليها واما ان يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذى فى الحقوق والشبهة التى
تعرض من قبل قول احد الخصمين فاشترط فيها العدد وليكون الظن اغلب والميل الى حجة احد الخصمين اقوى ولم
يتعد بذلك الاثنين لئلا يفسد قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس فى رؤية القمر شبهة من مخالف يوجب الاستظهار
بالعدد ويشبه ان يكون الشافعى انما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للتهمة التى تعرض للناس فى هلال الفطر
ولا تعرض فى هلال الصوم ومذهب ابي بكر بن المنذر هو مذهب ابي ثور واحسبه هو مذهب اهل الظاهر وقد احتج
ابو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانعقاد الاجماع على وجوب الفطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب ان
يكون الامر كذلك فى دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم وإذا قلنا ان
الرؤية تثبت بالخبر فى حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد اعنى هل يجب على اهل بلد ما اذا لم يروه ان يأخذوا
في ذلك برؤية بلد آخر ام لكل بلد رؤيته فيه خلاف فاما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه انه اذا ثبت عند

اهل

اهل بلد ان اهل بلد آخر راوا الهلال ان عليهم قضاء ذلك اليوم الذى افطروه وصامه غيرهم وبه قال الشافعى واحمد
وروى المدنيون عن مالك ان الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير اهل البلد الذى وقعت فيه الرؤية الا ان يكون الامام
يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من اصحاب مالك واجمعوا انه لا يراعى ذلك فى البلدان النائية
كالاندلس والحجاز *والسبب فى هذا الخلاف تعارض الاثر والنظر اما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل
الاختلاف فيجب ان يحمل بعضها على بعض لانها فى قياس الافق الواحد واما اذا اختلفت اختلافاً كثيراً فليس يجب
ان يحمل بعضها على بعض واما الاثر فما رواه مسلم عن كريب ان ام الفضل بنت الحرث بعثته الى معاوية بالشام فقال
قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وانا بالشام فرايت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة فى آخر الشهر
فسألنى عبدالله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رايتم الهلال فقلت رايته ليلة الجمعة فقال انت رايته فقلت نعم وراه
الناس وصاموا وصام معاوية قال لكنا رايناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوماً او نراه فقلت الا تكتفى
برؤية معاوية فقال لا هكذا امرنا النبى عليه السلام فظاهر هذا الاثر يقتضى ان لكل بلد رؤيته قرب او بعد والنظر
يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان نايه فى الطول والعرض كثيراً واذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم
يحتج فيه الى شهادة فهذه هى المسائل التى تتعلق بزمان الوجوب واما التى تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا
على ان آخره غيوبة الشمس لقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل واختلفوا فى اوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر
الثانى المستطير الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعنى حده بالمستطير ولظاهر قوله تعالى حتى
يتبين لكم الخيط الابيض الاية وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذى يكون بعد الابيض وهو نظير الشفق الاحمر
وهو مروى عن حذيفة وابن مسعود *وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الاثار فى ذلك واشتراك اسم الفجر أعنى انه
يقال على الابيض والاحمر وأما الاثار التى احتجوا بها فمنها حديث زر عن حذيفة قال تسحرت مع النبى صلى الله عليه
وسلم ولو أشاء ان أقول هو النهار الا ان الشمس لم تطلع وخرج أبو داود عن قيس بن طلق عن أبيه انه عليه السلام قال
كلوا واشربوا ولا يهمز نكم الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الاحمر قال أبو داود هذا ما تفرد به اهل
اليمامة وهذا شذوذ فان قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط الابيض نص فى ذلك او كالنص والذين رأوا انه الفجر الابيض
المستطير وهم الجمهور والمعتمد اختلفوا فى الحد المحرم للاكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم هو تبينه
عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فالاكل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وفائدة الفرق انه اذا انكشف ان ما ظن من انه لم
يطلع كان قد طلع فمن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل به لم يوجب عليه
قضاء وسبب الاختلاف فى ذلك الاحتمال الذى فى قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط
الاسود من الفجر هل على الامساك بالتبيين نفسه أو بالشئ المتبين لان العرب تتجوز فتستعمل لاحق الشئ بدل الشئ
على وجه الاستعارة فكانه قال تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود لانه اذا تبين فى
نفسه تبين لنا فاذا اضافة التبيين لنا هى التى أوقعت الخلاف لانه قد يتبين فى نفسه ويتميز ولا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب
تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه أعنى قياساً على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية
كالزوال وغيره فان الاعتبار فى جميعها فى الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور
ان الاكل يجوز ان يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول الاول ما فى كتاب البخارى اظنه

في بعض رواياته قال النبي صلى الله عليه وسلم وكلوا واشربوا حتى ينادي ابن ام مكتوم فانه لا ينادي حتى يطلع الفجر وهو نص في موضع الخلاف وكالنص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلوا واشربوا الآية ومن ذهب الى انه يجب الامساك قبل الفجر مجريا على الاحتياط وسداً للذريعة وهو اورع والاول اقيس والله أعلم

﴿الركن الثاني وهو الامساك﴾ واجمعوا على انه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر واختلفوا من ذلك في مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها اما المسكوت عنها احداها فيما يرد الجوف مما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحقنة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف مثل ان يرد الدماغ ولا يرد المعدة *وسبب اختلافهم في هذه هو قياس المغذى على غير المغذى وذلك ان المنطوق به انما هو المغذى فمن رآ ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ومن رآ انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها انما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذى وغير المغذى وتحصيل مذهب مالك انه يجب الامساك عن ما يصل الي الحلق من أى المنافذ وصل مغذيا كان أو غير مغذ وأما ما عدى الماكول والمشروب من المفطرات فكلهم يقولون ان من قبل فامنى فقد افطر وان امذي فلم يفطر الا مالك واختلفوا في القبلة للصائم فمنهم من اجازها ومنهم من كرهها للشاب واجازها للشيخ ومنهم من كرهها على الاطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وام سلمة أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ومن كرهها فلما يدعوا اليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر واحتجوا لذلك بما روى عن ميمونة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال افطرا جميعاً خرج هذا الأثر الطحاوي ولكن ضعفه واما ما يقع من هذه من قبل القبلة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام في المفطرات واحكامها واما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالحجامة والقئ أما الحجامة فان فيها ثلاثة مذاهب قوم قالوا انها تفطر وان الامساك عنها واجب وبه قال أحمد وداود والاوزاعي واسحاق بن راهويه وقوم قالوا انها مكروهة للصائم وليست تفطر وبه قال مالك والشافعي والثوري وقوم قالوا انها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه *وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان أحدهما ما روى من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه السلام قال افطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد والحديث الثاني حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس بهذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح والثاني مذهب الجمع والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكماً وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع لان الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحتمل ان يكون ناسخاً ويحتمل ان يكون منسوخا وذلك شك والشك لا يوجب عملا ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك موثراً في العلم ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهي على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الحظر ومن اسقطهما للتعارض قال باباحة الاحتجام للصائم واما القئ فان جمهور الفقهاء على ان من ذرعه القئ فليس بمفطر الا ربيعة فانه قال انه مفطر وجمهورهم

أيضاً

أيضاً على ان من استقاء فقاء فانه مفطر الا طاوس * وسبب اختلافهم ما يتوهم من التعارض بين الاحاديث الواردة فى هذه المسئلة واختلافهم أيضاً فى تصحيحها وذلك انه ورد فى هذا الباب حديثان أحدهما حديث أبي الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فافطر قال معدان فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فقلت له ان أبا الدرداء حدثني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فافطر فقال صدق انا صببت له وضوءه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذى والآخر حديث أبي هريرة خرجه الترمذى وأبوداود أيضاً أن النبى عليه السلام قال من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه قضاء وان استقاء فعليه القضاء وروى موقوفا على ابن عمر فمن لم يصح عنده الاثران كلاهما قال ليس فيه فطر أصلا ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبي هريرة أوجب الفطر من القيء باطلاق ولم يفرق بين ان يستقيء اولا يستقيء ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبي هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين القيء والاستقاءة وهو الذى عليه الجمهور

﴿الركن الثالث وهو النية﴾

والنظر فى النية في مواضع منها هل هى شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وان كانت شرطاً فما الذى يجرى من تعيينها وهل يجب تجديدها فى كل يوم من ايام رمضان ام يكفى في ذلك النية الواقعة فى اليوم الاول وإذا اوقعها المكلف فأى وقت اذا وقعت فيه صح الصوم وإذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية يوجب الفطر وان لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها اما كون النية شرطاً فى صحة الصيام فانه قول الجمهور وشذ زفر فقال لا يحتاج رمضان الى نية الا ان يكون الذى يدركه صيام شهر رمضان مريضاً اومسافراً فيريد الصوم * والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى اوغير معقولة المعنى فمن رآ انها غير معقولة المعنى اوجب النية ومن رآ انها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وان لم ينو لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين انواع الصوم فيه ضعف وكانه لما رآ ان ايام رمضان لا يجوز فيها الفطر رآ ان كل صوم يقع فيها ينقلب صوما شرعياً وان هذا شيء يخص هذه الايام واما اختلافهم فى تعيين النية المجزية فى ذلك فان مالكا قال لابد فى ذلك من تعيين صوم رمضان ولا يكفيه اعتقاد الصوم مطلقاً ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال ابو حنيفة ان اعتقد مطلق الصوم اجزاه وكذلك ان نوى فيه صيام غير رمضان اجزاه وانقلب الى صيام رمضان الا ان يكون مسافراً فانه اذا نوى المسافر عنده في رمضان صيام غير رمضان كان ما نوى لانه لم يجب عليه صوم رمضان وجوبا معيناً ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحاضر وقالا كل صوم نوي في رمضان انقلب الى رمضان * وسبب اختلافهم هل الكافي فى تعيين النية فى هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة او تعيين شخصها وذلك ان كلى الامرين موجود فى الشرع مثال ذلك ان النية في الوضوء يكفى منها اعتقاد رفع الحدث لاى شيء كان من العبادات التى الوضوء شرط فى صحتها وليس يختص عبادة عبادة بوضوء وضوء واما الصلاة فلابد فيها من تعيين شخص العبادة فلابد من تعيين الصلاة ان عصراً فعصراً وان ظهراً فظهراً وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين فمن الحقه بالجنس الواحد قال يكفى في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن الحقه بالجنس الثاني اشترط تعيين الصوم واختلافهم ايضاً فى اذا نوي فى ايام رمضان صوما آخر هل ينقلب اولا ينقلب سببه ايضاً ان من العبادة عندهم ما ينقلب من قبل ان الوقت الذى توقع فيه مختص بالعبادة التى تنقلب اليه ومنها ما ليس ينقلب اما التى لا تنقلب فاكثرها واما التى تنقلب باتفاق فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدأ الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى الفرض ولم يقولوا ذلك في الصلاة ولا فى غيرها فمن شبه الصوم

بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من العبادات قال لا ينقلب واما اختلافهم في وقت النية فان مالكا رآ انه لا يجزى الصيام الا بنية قبل الفجر وذلك في جميع انواع الصوم وقال الشافعى تجزى النية بعد الفجر فى النافلة ولا يجزى فى الفروض وقال ابو حنيفة تجزى النية بعد الفجر في الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر ايام محدودة وكذلك فى النافلة ولا يجزى فى الواجب في الذمة *والسبب فى اختلافهم تعارض الاثر فى ذلك اما الآثار المتعارضة في ذلك فاحدها ما خرجه البخارى عن حفصة انه قال عليه السلام من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفا قال ابو عمر حديث حفصة في اسناده اضطراب والثاني ما رواه مسلم عن عائشة قالت قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم يا عائشة هل عندكم شئ قالت يا رسول الله ما عندنا شئ قال فانى صائم والحديث معاوية انه قال على المنبر يا أهل المدينة اين علماؤكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اليوم هذا يوم عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وانا صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب مذهب الترجيح اخذ بحديث حفصة ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والفرض اعنى حمل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل وانما فرق ابو حنيفة بين الواجب المعين والواجب في الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية فى التعيين والذى فى الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب ان التعيين بالنية وجمهور الفقهاء على انه ليس الطهارة من الجنابة شرطاً فى صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وام سلمة زوجي النبي صلى الله عليه وسلم انهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنباً من جماع غير احتلام فى رمضان ثم يصوم ومن الحجة لهم الاجماع على ان الاحتلام بالنهار لا يفسد الصوم وروى عن ابراهيم النخعى وعروة بن الزبير وطاوس انه ان تعمد ذلك افسد صومه *وسبب اختلافهم ما روى عن ابى هريرة انه كان يقول من اصبح جنباً فى رمضان افطر وروى عنه انه قال ما انا قلته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من اصحاب مالك ان الحائض اذا طهرت قبل الفجر فاخرت الغسل ان يومها يوم فطر واقاويل هؤلاء شاذة ومردودة بالسنن المشهورة الثابتة

﴿القسم الثاني من الصوم المفروض﴾

وهو الكلام فى الفطر واحكامه والمفطرون فى الشرع على ثلاثة اقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف فى ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز له الفطر وكل واحد من هولاء تتعلق به احكام اما الذين يجوز لهم الامران فالمريض باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التقسيم كله مجمع عليه فاما المسافر فالنظر فيه فى مواضع منها هل ان صام اجزاه صومه ام ليس يجزيه فهل الافضل له الصوم او الفطر او هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود ام فى كل ما ينطلق عليه اسم السفر فى وضع اللغة ومتى يفطر المسافر ومتى يمسك وهل اذا مر بعض الشهر له ان ينشئ السفر ام لا ثم اذا افطر ما حكمه واما المريض فالنظر فيه ايضاً فى تحديد المرض الذى يجوز له فيه الفطر وفى حكم الفطر

﴿اما المسئلة الاولى﴾

وهى ان صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن فرضه ام لا فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه واجزاه وذهب اهل الظاهر الى انه لا يجزيه وان فرضه هو ايام اخر *والسبب فى اختلافهم تردد قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من ايام اخر بين ان يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف اصلا او يحمل على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من ايام اخر وهذا الحذف فى الكلام هو الذى يعرفه اهل صناعة الكلام بلحن الخطاب فمن حمل

الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من ايام اخر لقوله تعالى فعدة من ايام اخر ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام اخر اذا افطر وكلى الفريقين يرجح تاويله بالآثار الشاهدة لكلى المفهومين وان كان الاصل هوان يحمل الشئ على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز أما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث انس قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم ومما ثبت عنه ايضاً انه قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم وأما اهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم افطر فافطر الناس وكانوا ياخذون بالاحدث فالاحدث من امر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم قال ابو عمر والحجة على اهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام اجزأه صومه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾

وهى هل الصوم افضل او الفطر اذا قلنا انه من اهل الفطر على مذهب الجمهور فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رآ الصوم افضل وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وبعضهم رآ أن الفطر افضل وممن قال بهذا القول احمد وجماعة وبعضهم رآ أن ذلك على التخيير وانه ليس احدهما افضل * والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ومعارضة المنقول بعضه لبعض وذلك أن المعنى المعقول من اجازة الفطر للصائم انما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالافضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمرو الاسلمى خرجه مسلم انه قال يارسول الله أجد فى قوة على الصيام فى السفر فهل على من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هى رخصة من الله فمن اخذ بها فحسن ومن احب ان يصوم فلا جناح عليه وأما ما ورد من قوله عليه السلام ليس من البر ان تصوم في السفر ومن أن آخر فعله عليه السلام كان الفطر فيوهم أن الفطر افضل لكن الفطر لما كان ليس حكماً وانما هو من فعل المباح عسر على الجمهور ان يضعوا المباح افضل من الحكم وأما من خير فى ذلك فلمكان حديث عائشة قالت سأل حمزة بن عمرو الاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام فى السفر فقال إن شئت فصم وإن شئت فافطر خرّجه مسلم

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾

وهى هل الفطر الجائز للمسافر هو فى سفر محدود او في سفر غير محدود فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى انه انما يفطر فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم فى هذه المسئلة وذهب قوم الى انه يفطر في كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم اهل الظاهر * والسبب فى اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ ان كل من ينطلق عليه اسم مسافر فله ان يفطر لقوله تعالى فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من ايام اخر وأما المعنى المعقول من اجازة الفطر فى السفر فهو المشقة ولما كانت لا توجد في كل سفر وجب ان يجوز الفطر فى السفر الذى فيه المشقة ولما كان الصحابة كانهم مجمعون على الحد في ذلك وجب ان يقاس ذلك على الحد في تقصير الصلاة وأما المرض الذى يجوز فيه الفطر فانهم اختلفوا فيه ايضاً فذهب قوم الى انه المرض الذى يلحق من الصوم فيه مشقة وضرورة وبه قال مالك وذهب قوم الى انه المرض الغالب وبه قال احمد وقال قوم اذا انطلق عليه اسم المريض افطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى حد السفر

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾

وهى متى يفطر المسافر ومتى يمسك فان قوماً قالوا يفطر يومه الذى خرج فيه مسافراً وبه قال الشعبى والحسن واحمد وقالت

طائفة لايفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار واستحب جماعة العلماء لمن علم انه يدخل المدينة اول يومه ذلك ان يدخل صائماً وبعضهم فى ذلك اكثر تشديداً من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطراً كفارة واختلفوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النهار فذهب مالك والشافعى الى انه يتمادى على فطره وقال ابو حنيفة وأصحابه يكف عن الاكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الاكل * والسبب في اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه المسافر هو معارضة الأثر للنظر أما الاثر فانه ثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم افطر وافطر الناس معه وظاهر هذا انه افطر بعد ان بيت الصوم وأما الناس فلا يشك انهم افطروا بعد تبييتهم الصوم وفى هذا المعنى ايضاً حديث جابر بن عبدالله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فصار حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس ثم دعا بقدح من ماء فرفعه حتى نظر الناس اليه ثم شرب فقيل له بعد ذلك ان بعض الناس قد صام فقال اولئك العصاة اولئك العصاة وخرج ابو داود عن ابى نصرة الغفارى انه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوى الحديث فقلت الست توم البيوت فقال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فاكل وأما النظر فلما كان المسافر لايجوزله الاان بيت الصوم ليلة سفره لم يجز له ان يبطل صومه وقد بيته لقوله تعالى ولاتبطلوا اعمالكم وأما اختلافهم فى امساك الداخل فى أثناء النهار عن الاكل او لا امساكه * فالسبب فيه اختلافهم في تشبيه من يطرأ عليه في يوم شك افطر فيه الثبوت انه من رمضان فمن شبهه به قال يمسك عن الاكل ومن لم يشبهه به قال لايمسك عن الاكل لان الاول اكل لموضع الجهل وهذا اكل لسبب مبيح اوموجب للاكل والحنفية تقول كلاهما سببان موجبان للامساك عن الاكل بعد اباحة الاكل

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهى هل يجوز للصائم بعض رمضان ان ينشئ سفراً ثم لايصوم فيه فان الجمهور علي انه يجوز ذلك له وروي عن بعضهم وهو عبيدة السلمانى وسويد بن غفلة وابن مجلز انه ان سافر فيه صام ولم يجيزوا له الفطر * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وذلك انه يحتمل ان يفهم منه أن من شهد بعض الشهر فالواجب عليه ان يصومه كله ويحتمل ان يفهم منه أن من شهد ان الواجب ان يصوم ذلك البعض الذى شهده وذلك انه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهده كله فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تاويل الجمهور إنشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر فى رمضان وأما حكم المسافر اذا افطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى فعدة من ايام اخر ماعدى المريض باغماء او جنون فانهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفقهاء الامصار علي وجوبه على المغمى عليه واختلفوا فى المجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه السلام وعن المجنون حتى يفيق والذين اوجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون الاغماء والجنون مفسد للصوم فقوم قالوا انه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين ان يكون اغمى عليه بعد الفجر اوقبل الفجر وقوم قالوا ان اغمى عليه بعد مضى اكثر النهار اجزأه وان اغمى عليه في اول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فان الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون واذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولاصائم فكيف يقال فى الصفة التى ترفع التكليف انها مبطلة للصوم الا كما يقال فى الميت اوفيمن لايصح منه العمل انه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان ماعليهما متتابعاً ام لا ومنها ماذا عليهما اذا اخر القضاء بغير عذر الى ان يدخل رمضان آخر ومنها اذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما

وليهما اوليس يصوم

أما المسئلة الاولى

فان بعضهم اوجب ان يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهؤلاء منهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك ايجاب التتابع * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك أن القياس يقتضي ان يكون الاداء على صفة القضاء اصل ذلك الصلاة والحج وأما ظاهر قوله تعالى فعدة من ايام اخر فانما يقتضى ايجاب العدد فقط لا ايجاب التتابع وروى عن عائشة انها قالت نزلت فعدة من ايام اخر متتابعات فسقطا متتابعات وأما اذا اخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام الرمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي وأحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصرى وابراهيم النخعي * وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض أم لا فمن لم يجز القياس فى الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن اجاز القياس فى الكفارات قال عليه كفارة قياساً على من افطر متعمداً لان كليهما مستهين بحرمة الصوم أما هذا فبترك القضاء زمان القضاء وأما ذلك فبالاكل فى يوم لا يجوز فيه الاكل وانما كان يكون القياس مستنداً لو ثبت أن للقضاء زمانا محدوداً بنص من الشارع لان ازمنة الاداء هى المحدودة فى الشرع وقد شذ قوم فقالوا اذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخر انه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص وأما اذا مات وعليه صوم فان قوماً قالوا لا يصوم احد عن احد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم قال يطعم عنه وليه وبه قال الشافعى وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الا ان يوصى به وهو قول مالك وقال أبو حنيفة يصوم فان لم يستطع اطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض فقالوا يصوم عنه وليه فى النذر ولا يصوم فى الصيام المفروض * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة انه قال عليه السلام من مات وعليه صيام صامه عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه ايضاً من حديث ابن عباس انه قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان امى ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال لو كان على امك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله احق بالقضاء فمن رآ أن الاصول تعارضه وذلك انه كما انه لا يصلى احد عن احد ولا يتوضأ احد عن احد كذلك لا يصوم احد عن احد قال لا صيام على الولى ومن اخذ بالنص فى ذلك قال بايجاب الصيام عليه ومن لم ياخذ بالنص فى ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه في رمضان وأما من اوجب الاطعام فمصيراً الى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية الآية ومن خير فى ذلك فجمعا بين الآية والاثر فهذه هى احكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم وأما باقى هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فان فيه مسئلتين مشهورتين إحداهما الحامل والمرضع اذا افطرتا ماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها اربعة مذاهب ،أحدها انهما يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس .والقول الثاني انهما يقضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور . والثالث انهما يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعى . والقول الرابع ان الحامل تقضى ولا تطعم والمرضع تقضى وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذى يجهده الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذى يجهده الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين الآية وأما من جمع عليهما الامرين فيشبه ان يكون رآ فيهما من كل واحد شبهاً فقال عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة ما فيهما من شبه الذين يجهدهم

الصيام ويشبه ان يكون شبههما بالمفطر الصحيح لكن يضعف هذا فان الصحيح لايباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع الحق الحامل بالمريض وابقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذى يجهده الصوم اوشبههما بالصحيح ومن افرد لهما احد الحكمين اولى والله اعلم ممن جمع كما أن من افردهما بالقضاء اولى ممن افردهما بالاطعام فقط لكون القراءة غيرمتواترة فتأمل هذا فانه بين وأما الشيخ الكبيروالعجوز اللذان لايقدران على الصيام فانهم اجمعوا على أن لهما ان يفطرا واختلفوا فيما عليهما اذا افطرا فقال قوم عليهما وقال قوم ليس عليهما اطعام وبالاول قال الشافعى وأبوحنيفة وبالثاني قال مالك الاانه استحبه وأكثر من رآ الاطعام عليهما يقول مداً عن كل يوم وقيل ان حفن حفنات كما كان انس يصنع اجزأه * وسبب اختلافهم اختلافهم في القراءة التى ذكرنا أعنى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فمن اوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت فى المصحف اذاوردت من طريق الاحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذى يتمادى به المرض حتى يموت فهذه هي احكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر أعنى احكامهم المشهورة التى اكثرها منطوق به اولها تعلق بالمنطوق به فى الصنف الذى يجوز له الفطر وأما النظر فى احكام الصنف الذى لايجوز له الفطر اذا افطر فان النظر في ذلك يتوجه الى مايفطر بجماع والي مايفطر بغير جماع والى مايفطر بامر متفق عليه والى مايفطر بامر مختلف فيه أعنى بشبهة اوبغير شبهة وكل واحد من هذين إما ان يكون على طريق السهو اوطريق العمد اوطريق الاختيار او طريق الاكراه أمامن افطر بجماع متعمداً فى رمضان فان الجمهور على أن الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث ابي هريرة انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يارسول الله قال وما اهلكك قال وقعت على امرأتي في رمضان قال هل تجد ماتعتق به رقبة قال لا قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ماتطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فاتي النبى صلى الله عليه وسلم بغرف فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى افقرمنى فما بين لابتيها اهل بيت احوج اليه منا قال فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت انيابه ثم قال اذهب فاطعمه اهلك واختلفوا من ذلك في مواضع .منها هل الافطار متعمداً بالاكل والشرب حكمه حكم الافطار بالجماع فى القضاء والكفارة أم لا .ومنها اذا جامع ساهياً ماذا عليه .ومنها ماذا على المرأة اذا لم تكن مكرهة .ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة اوعلى التخيير .ومنها كم المقدار الذى يجب ان يعطى كل مسكين اذا كفر بالاطعام .ومنها هل الكفارة متكررة بتكرر الجماع امرلا .ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسراً هل يلزمه الاطعام اذا أثرى امرلا .وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عمداً بالجماع الا القضاء فقط إما لانه لم يبلغهم هذا الحديث وإما لانه لم يكن الامر عزمة فى هذا الحديث لانه لوكان عزمة لوجب اذا لم يستطع على الاعتاق اوالاطعام ان يصوم ولابد اذا كان صحيحاً على ظاهر الحديث وايضاً لوكان عزمة لاعلمه عليه السلام انه اذا صح انه يجب عليه الصيام ان لوكان مريضاً وكذلك شذ قوم ايضاً فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس فى الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن افطر ممن يجوز له الفطر اوممن لايجوز له الصوم على الاختلاف الذي قررناه قبل فى ذلك فامامن افطر متعمداً فليس فى ايجاب القضاء عليه نص فيلحق فى قضاء المتعمد الخلاف الذى لحق فى قضاء تارك الصلاة عمداً حتي خرج وقتها الا أن الخلاف في هاتين المسئلتين شاذ وأما الخلاف المشهور فهو فى المسائل التى عددناها قبل

﴿أما المسئلة الاولى﴾ وهي هل تجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمداً فان

مالكا وأصحابه وأباحنيفة وأصحابه والثورى وجماعة ذهبوا الى أن من افطر متعمداً باكل اوشرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة في هذا الحديث وذهب الشافعى واحمد واهل الظاهر الى ان الكفارة انما تلزم فى الافطار من الجماع فقط * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رآ أن شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحداً ومن رآ انه وان كانت الكفارة عقابا لانتهاك الحرمة فانها اشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك ان العقاب المقصود به الردع والعقاب الاكبر قد يوضع لما اليه النفس اميل وهو لها اغلب من الجنايات وان كانت الجناية متقاربة اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وان يكونوا اخياراً عدولا كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس وأما من لا يرى القياس فامره بين انه ليس يعدى حكم الجماع الى الاكل والشرب وأما ما روي مالك فى الموطا ان رجلا افطر في رمضان فامره النبى عليه السلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لان قول الراوى فافطر هو مجمل والمجمل ليس له عموم فيوخذ به لكن هذا قول على أن الراوى كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر الذى افطر به ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهو اذا جامع ناسياً لصومه فان الشافعى وأباحنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة * وسبب اختلافهم في قضاء الناسى معارضة ظاهر الاثر في ذلك للقياس أما القياس فهو تشبيه ناسى الصوم بناسى الصلاة فمن شبهه بناسى الصلاة اوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسى الصلاة وأما الاثر المعارض بظاهره لهذا القياس فهو ما خرجه البخاري ومسلم عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسى وهو صائم فاكل اوشرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه السلام رفع عن امتى الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن أن الشمس قد غربت فافطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء ام لا وذلك أن هذا مخطئ والمخطئ والناسى حكمهما واحد فكيف ما قلنا فتاثير النسيان فى اسقاط القضاء بين والله اعلم وذلك انا ان قلنا ان الاصل هو الا يلزم الناسى قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب ان يكون النسيان لا يوجب القضاء في الصوم إذ لا دليل هاهنا على ذلك بخلاف الامر فى الصلاة وان قلنا ان الاصل هو ايجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسى فقد دل الدليل في حديث ابى هريرة على رفعه عن الناسى اللهم الا ان يقول قائل ان الدليل الذي استثنى ناسى الصوم من ناسى سائر العبادات التى رفع عن تاركها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن ايجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وانما القضاء عند الاكثر واجب بامر متجدد وأما من اوجب القضاء والكفارة على المجامع ناسياً فضعيف فان تاثير النسيان في اسقاط العقوبات بين في الشرع والكفارة من انواع العقوبات وانما اصارهم الى ذلك اخذهم بمجمل الصفة المنقولة فى الحديث أعنى من انه لم يذكر فيه انه فعل ذلك عمداً ولا نسيانا لكن من اوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ اصله في هذا مع أن النص انما جاء في المتعمد وقد كان يجب على اهل الظاهر ان ياخذوا بالمتفق عليه وهو ايجاب الكفارة على العامد الى ان يدل الدليل على ايجابها على الناسى اوياخذوا بعموم قوله عليه السلام رفع عن امتى الخطا والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم اصله وليس فى مجمل ما نقل من

حديث الاعرابي حجة ومن قال من اهل الاصول ان ترك التفصيل فى اختلاف الاحوال من الشارع بمنزلة العموم فى الاقوال فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على مفصل وانما الاجمال فى حقنا

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهو اختلافهم فى وجوب الكفارة على المرأة إذا طاوعته على الجماع فان ابا حنيفة واصحابه ومالكا واصحابه اوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعي وداود لا كفارة عليها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الاثر للقياس وذلك انه عليه السلام لم يامر المرأة فى الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل اذ كان كلاهما مكلفاً

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهى هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار او على التخيير وأعنى بالترتيب الا ينتقل المكلف الى واحد من الواجبات المخيرة الا بعد العجز عن الذى قبله وبالتخيير ان يفعل منها ماشاء ابتداء من غير عجز عن الاخر فانهم ايضاً اختلفوا في ذلك فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعتق اولا فان لم يجد فالصيام فان لم يستطع فالاطعام وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام اكثر من العتق ومن الصيام * وسبب اختلافهم فى وجوب الترتيب تعارض ظواهر الاثار فى ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابى المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله النبي عليه السلام عن الاستطاعة عليها مرتباً وظاهر ما رواه مالك من ان رجلا افطر فى رمضان فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعتق رقبة اويصوم شهرين متتابعين او يطعم ستين مسكيناً انها على التخيير اذ او انما يقتضى في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوى الصاحب اذ كانوا هم اقعد بمفهوم الاحوال ودلالات الاقوال ، واما الاقيسة المعارضة فى ذلك فتشبيهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها اشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين واخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوى وأما استحباب مالك الابتداء بالاطعام فمخالف لظواهر الاثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لانه رآ الصيام قد وقع بدله الاطعام فى مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له اكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحب هو وجماعة من العلماء لمن مات وعليه صوم ان يكفر بالاطعام عنه وهذا كانه من باب ترجيح القياس الذى تشهد له الاصول على الاثر الذى لا تشهد له الاصول

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهو اختلافهم فى مقدار الاطعام فان مالكا والشافعي واصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مداً بمد النبى صلى الله عليه وسلم وقال ابو حنيفة وأصحابه لا يجزى اقل من مدين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الاذى المنصوص عليها وأما الاثر فما روى فى بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الادلالة ضعيفة وانما يدل على ان بدل الصيام فى هذه الكفارة هو هذا القدر

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي تكرر الكفارة بتكرر الافطار فانهم اجمعوا على ان من وطئ في رمضان ثم كفر ثم وطئ فى يوم آخر ان عليه كفارة اخرى واجمعوا على انه من وطئ مراراً فى يوم واحد انه ليس عليه الا كفارة واحدة واختلفوا فيمن وطئ في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ فى يوم ثان فقال مالك والشافعى وجماعة عليه لكل يوم كفارة وقال ابو حنيفة واصحابه عليه كفارة واحدة مالم يكفر عن الجماع الاول * والسبب في اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود فمن شبهها بالحدود قال كفارة واحدة تجزى في ذلك عن

افعال

افعال كثيرة كما يلزم الزاني جلد واحد وان زني الف مرة اذا لم يحد لواحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الايام حكماً منفرداً بنفسه فى هتك الصوم فيه اوجب فى كل يوم كفارة قالوا والفرق بينهما أن الكفارة فيها نوع من القربة والحدود زجر محض ﴿وأما المسئلة السابعة﴾

وهى هل يجب عليه الاطعام اذا ايسر وكان معسراً فى وقت الوجوب فان الاوزاعى قال لاشئ عليه ان كان معسراً وأما الشافعى فتردد فى ذلك * والسبب فى اختلافهم فى ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحتمل ان يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه فى وقت الاثر ويحتمل ان يقال لوكان ذلك واجباً عليه لبينه له عليه السلام فهذه احكام من افطر متعمداً فى رمضان مما اجمع على انه مفطر وأما من افطر مما هو مختلف فيه فان بعض من اوجب فيه الفطر اوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم اوجب فيه القضاء فقط مثل من رأ أن الفطر من الحجامة ومن الاستقاء ومن بلع الحصاة ومثل المسافر يفطر اول يوم يخرج عند من يرى انه ليس له ان يفطر في ذلك اليوم فان مالكا اوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه فى ذلك سائر فقهاء الامصار وجمهور اصحابه وأما من اوجب القضاء والكفارة من الاستقاء فابو ثور والاوزاعى وسائر من يرى ان الاستقاء مفطر لايوجبون الا القضاء فقط والذى اوجب القضاء والكفارة فى الاحتجام من القائلين بان الحجامة تفطر هو عطاء وحده * وسبب هذا الخلاف ان المفطر بشئ فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر فمن غلب احد الشبهين اوجب له ذلك الحكم وهذان الشبهان الموجودان فيهما اللذان اوجبا فيه الخلاف أعنى هل هو مفطر اوغير مفطر ولكون الافطار شبهة لايوجب الكفارة عند الجمهور وانما يوجب القضاء فقط نزع ابو حنيفة الى انه من افطر متعمداً للفطر ثم طرأ عليه فى ذلك اليوم سبب مبيح للفطر انه لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمداً ثم تحيض باقى النهار وكالصحيح يفطر عمداً ثم يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الامر فى نفسه أعنى انه مفطر فى يوم جاز له الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه افطر فى يوم جاز له الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع اوجب عليه الكفارة لانه حين افطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعى ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من اكل وهو شاك فى الفجر وايجابه القضاء والكفارة على من اكل وهو شاك فى الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما واتفق الجمهور على انه ليس فى الفطر عمداً فى قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان الاداء أعنى رمضان الاقتادة فانه اوجب عليه القضاء والكفارة وروي عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياساً على الحج الفاسد وأجمعوا على أن من سنن الصوم تاخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه السلام لايزال الناس بخير ما عجلوا الفطر واخروا السحور وقال تسحروا فان فى السحور بركة وقال عليه السلام فضل ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكلة السحر وكذلك جمهورهم على ان من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن الرفث والخناء لقوله عليه السلام انما الصوم جنة فاذا اصبح احدكم صائماً فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتمه فليقل اني صائم وذهب اهل الظاهر الى ان الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل وبقى القول فى الصوم المندوب اليه وهو القسم الثانى من هذا الكتاب

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿كتاب الصيام الثانى وهو المندوب اليه﴾ والنظر فى الصيام المندوب اليه هو فى تلك الاركان

الثلاثة وفى حكم الافطار فيه فاما الايام التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة اقسام ايام مرغب فيها وايام منهى عنها وايام مسكوت عنها ومن هذه ماهو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغرر من كل شهر وهى الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه وقال فيه من كان اصبح صائماً فليتم صومه ومن كان اصبح مفطراً فليتم بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع او العاشر * والسبب في ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رأيت هلال المحرم فاعدد وأصبح يوم التاسع صائماً قلت هكذا كان محمد صلي الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروي انه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وامر بصيامه قالوا يارسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يات العام المقبل حتى توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما اختلافهم فى يوم عرفة فلان النبي عليه السلام افطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف الناس فى ذلك واختار الشافعى الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمعاً بين الاثرين وخرّج ابوداود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة وأما الست من شوال فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صام رمضان ثم اتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا كره ذلك إما مخافة ان يلحق الناس برمضان ماليس من رمضان وإما لانه لعله لم يبلغه الحديث اولم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحرى صيام الغرر مع ماجاء فيها من الاثر مخافة ان يظن الجهال بها انها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم من كل شهر ثلاثة ايام غير معينة وانه قال لعبد الله بن عمرو بن العاصى لما اكثر الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة ايام قال فقلت يارسول الله إنى اطيق اكثر من ذلك قال خمساً قلت يارسول الله إنى اطيق اكثر من ذلك قال سبعاً قلت يارسول الله إنى اطيق اكثر من ذلك قال تسعاً قلت يارسول الله إني اطيق اكثر من ذلك قال احد عشر قلت يارسول الله إنى اطيق اكثر من ذلك فقال عليه السلام لاصوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وافطار يوم وخرّج ابوداود انه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستتم قط شهراً بالصيام غير رمضان وان اكثر صيامه كان فى شعبان وأما الايام المنهى عنها فمنها ايضاً متفق عليها ومنها مختلف فيها أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الاضحى لثبوت النهى عن صيامهما وأما المختلف فيها فايام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الاخر من شعبان وصيام الدهر أما ايام التشريق فان اهل الظاهر لم يجيزوا الصوم فيها وقوم اجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال مالك الا انه اجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم فى الحج وهو المتمتع وهذه الايام هى الثلاثة الايام التى بعد يوم النحر * والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه السلام فيها انها ايام اكل وشرب بين ان يحمل على الوجوب او على الندب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه ويشبه ان يكون من حمله على الندب انما صار الى ذلك وغلبه على الاصل الذى هو حمله علي الوجوب لانه رآ انه ان حمله على الوجوب عارضه حديث ابي سعيد الخدرى الثابت بدليل الخطاب وهو انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لايصح الصيام فى يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدليل الخطاب يقتضى ان ماعدى هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثاً لافائدة فيه وأما يوم

الجمعة فان قوماً لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك واصحابه وجماعة وقوم كرهوا صيامه الاان يصام قبله او بعده *والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك فمنها حديث ابن مسعود ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة ايام من كل شهر قال وما رأيته يفطر يوم الجمعة وهو حديث صحيح ومنها حديث جابر ان سائلا سأل جابراً اسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يعود يوم الجمعة يصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم ومنها حديث أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايصوم أحدكم يوم الجمعة إلاان يصوم قبله او يصوم بعده خرجه أيضاً مسلم فمن أخذ بظاهر حديث ابن مسعود اجاز صيام يوم الجمعة مطلقاً ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقاً ومن أخذ بحديث أبى هريرة جمع بين الحديثين أعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود واما يوم الشك فان جمهور العلماء على النهى عن صيام يوم الشك على انه من رمضان لظواهر الاحاديث التى يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية اوباكمال العدد إلاما حكيناه عن ابن عمر واختلفوا فى تحرى صيامه تطوعا فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار من صام يوم الشك فقد عصا أبا القاسم ومن اجازه فلانه قد روى انه عليه السلام صام شعبان كله ولما قد روى من انه عليه السلام قال لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين إلاان يوافق ذلك صوما كان يصومه أحدكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول انه ان صامه على انه من رمضان ثم جاء الثبت انه من رمضان اجزاه وهذا دليل على ان النية تقع بعد الفجر فى التحول من نية التطوع الى نية الفرض واما يوم السبت *فالسبب فى اختلافهم فيه اختلافهم فى تصحيح ماروى من انه عليه السلام قال لا تصوموا يوم السبت إلافيما افترض عليكم خرجه أبوداود قالوا والحديث منسوخ نسخه حديث جويرية بنت الحرث أن النبى عليه السلام دخل عليها يوم الجمعة وهى صائمة فقال صمت امس فقالت لا فقال تريدين ان تصومى غداً قالت لا قال فافطرى واما صيام الدهر فانه قد ثبت النهي عن ذلك لكن مالك لم ير بذلك باساً وعسى رأى النهي فى ذلك إنما هو من باب خوف الضعف والمرض وأما صيام النصف الآخر من شعبان فان قوما كرهوه وقوما اجازوه فمن كرهوه فلماروى من انه عليه السلام قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن اجازه فلماروى عن ام سلمة قالت مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين الاشعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن شعبان برمضان وهذه الآثار خرجها الطحاوى وأما الركن الثانى وهو النية فلاأعلم ان احداً لم يشترط النية فى صوم التطوع وإنما اختلفوا فى وقت النية على ماتقدم واما الركن الثالث وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينه الامساك الواجب فى الصوم المفروض والاختلاف الذى هنالك لاحق هاهنا واماحكم الافطار فى التطوع فانهم اجمعوا على انه ليس على من دخل فى صيام تطوع فقطعه لعذر قضاه واختلفوا إذا قطعه لغير عذر عامداً فاوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء وقال الشافعى وجماعة ليس عليه قضاء *والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك وذلك ان مالكاً روى ان حفصة وعائشة زوجى النبى عليه السلام أصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدى لهما طعام فافطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضيا يوما مكانه وعارض هذا حديث ام هانى قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وام هانى عن يمينه قالت فجاءت الوليدة باناء فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناوله ام هانى فشربت منه قال يارسول الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تقضين شيئاً قالت لا قال فلا يضرك إن كان تطوعا واحتج الشافعى فى هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت انا خبانا لك خبا

فقال اما اني كنت اريد الصيام ولكن قربته وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولاختلافهم أيضاً في هذه المسئلة
سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع أو على حج التطوع وذلك انهم اجمعوا على ان من
دخل فى الحج والعمرة متطوعا يخرج منها ان عليه القضاء وأجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليه
قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه اشبه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص فى هذا المعنى وهو
انه يلزم المفسد له المسير فيه إلى آخره وإذا افطر في التطوع ناسياً فالجمهور على ان لا قضاء عليه وقال ابن علية عليه
القضاء قياساً على الحج ولعل مالكا حمل حديث ام هانى على النسيان وحديث ام هانى خرجه أبو داود وكذلك
خرج حديث عائشة تقريب من اللفظ الذى ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاعتكاف

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف فى ذلك الا ما
روى عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة الا يوفي بشرطه وهو في رمضان اكثر منه فى غيره وبخاصة فى العشر الاواخر
منه إذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص فى موضع مخصوص
وفى زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتروك مخصوصة فاما العمل الذى يخصه ففيه قولان قيل انه الصلاة وذكر الله
وقراءة القرآن لا غير ذلك من اعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع اعمال القرب والبر
المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب
الاول لا وهذا هو مذهب الثورى والاول هو مذهب الشافعي وأبي حنيفة *وسبب اختلافهم ان ذلك شئ مسكوت
عنه أعنى أنه ليس فيه حد مشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس علي الافعال المختصة بالمساجد قال لا
يجوز للمعتكف الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخراوية كلها اجازله غير ذلك مما ذكرناه
وروى عن على رضى الله عنه أنه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجنازة ويوصى أهله إذا كانت له
حاجة وهو قائم ولا يجلس ذكره عبد الرزاق وروي عن عائشة خلاف هذا وهو ان السنة للمعتكف الا يشهد
جنازة ولا يعود مريضاً وهذا أيضاً أحد ما أوجب الاختلاف في هذا المعنى وأما المواضع التى فيها يكون الاعتكاف
فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف إلا فى المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبى عليه
السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال آخرون الاعتكاف عام فى كل مسجد وبه قال الشافعى وابو حنيفة
والثورى وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف إلا فى مسجد فيه جمعة وهى رواية ابن عبد الحكم
عن مالك وأجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد إلا ما ذهب اليه ابن لبابة من انه يصح في غير مسجد
وان مباشرة النساء إنما حرمت على المعتكف اذا اعتكف فى المسجد والا ما ذهب اليه أبو حنيفة من ان المرأة انما
تعتكف في مسجد بيتها *وسبب اختلافهم فى اشتراط المسجد أو ترك اشتراطه هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى ولا
تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد بين ان يكون له دليل خطاب أم لا يكون له فمن قال له دليل خطاب قال لا
اعتكاف الا فى مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال ليس له دليل خطاب قال المفهوم منه ان
الاعتكاف جائز فى غير المسجد وانه لا يمنع المباشرة لان قائلا لو قال لا تعط فلانا شيئاً اذا كان داخلا في الدار
لكان مفهوم دليل الخطاب يوجب ان يعطيه اذا كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على ان العكوف انما

اضيف

اضيف الى المساجد لانها من شرطه *وأما سبب اختلافهم في تخصيص بعض المساجد او تعميمها فمعارضة العموم
للقياس المخصص له فمن رجح العموم قال في كل مسجد على ظاهر الآية ومن انقدح له تخصيص بعض المساجد من
ذلك العموم بقياس اشترط ان يكون مسجداً فيه جمعة ليلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة او مسجد تشد
اليه المطى مثل مسجد النبى صلى الله عليه وسلم الذى وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه اذ كانت غير مساوية
له فى الحرمة *وأما سبب اختلافهم فى اعتكاف المرأة فمعارضة القياس أيضاً للاثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة
وزينب أزواج النبى صلى الله عليه وسلم استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فاذن لهن حين
ضربن اخبيتهن فيه فكان هذا الاثر دليلا على جواز اعتكاف المرأة فى المسجد واما القياس المعارض لهذا فهو قياس
الاعتكاف على الصلاة وذلك انه لما كانت صلاة المرأة فى بيتها أفضل منها فى المسجد على ماجاء الخبر وجب ان يكون
الاعتكاف فى بيتها أفضل قالوا وانما يجوز للمرأة ان تعتكف فى المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء في الاثر من
اعتكاف ازواجه عليه السلام معه كما تسافر معه ولا تسافر مفردة وكانه نحو من الجمع بين القياس والاثر واما زمان
الاعتكاف فليس لاكثره عندهم حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاواخر من رمضان بل يجوز الدهر كله
اما مطلقاً عند من لا يرى الصوم من شروطه واما ما عدى الايام التى لا يجوز صومها عند من يرى الصوم من شروطه
واما اقله فانهم اختلفوا فيه وكذلك اختلفوا في الوقت الذى يدخل فيه المعتكف لاعتكافه وفي الوقت الذى يخرج فيه
منه اما اقل زمان الاعتكاف فعند الشافعى وابي حنيفة واكثر الفقهاء انه لاحد له واختلف عن مالك فى ذلك فقيل
ثلاثة ايام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه اقله عشرة ايام وعند البغداديين من اصحابه ان العشرة استحباب وان اقله
يوم وليلة *والسبب فى اختلافهم معارضة القياس للاثر اما القياس فانه من اعتقد ان من شرطه الصوم قال لا يجوز
اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا اقل من يوم وليلة اذ انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل واما الاثر المعارض فما
خرجه البخارى من ان عمر رضى الله عنه نذر ان يعتكف ليلة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفى بنذره
ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر واما اختلافهم فى الوقت الذى يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر اياما
معدودة او يوما واحداً فان مالكا والشافعى واباحنيفة اتفقوا على انه من نذر اعتكاف شهر انه يدخل المسجد قبل
غروب الشمس واما من نذر ان يعتكف يوما فان الشافعى قال من اراد ان يعتكف يوما واحداً دخل قبل طلوع الفجر
وخرج بعد غروبها واما مالك فقوله في اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم
والشهر عندهما سواء وفرق ابو ثور بين نذر الليالى والايام فقال اذا نذر ان يعتكف عشرة ايام دخل قبل طلوع الفجر
واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها وقال الاوزاعى يدخل فى اعتكافه بعد صلاة الصبح * والسبب فى اختلافهم
معارضة الاقيسة بعضها بعضاً ومعارضة الاثر لجميعها وذلك انه من رآ ان اول الشهر ليلة واعتبر الليالى قال يدخل
قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالى قال يدخل قبل الفجر ومن رآ ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معاً اوجب
ان نذر يوما ان يدخل قبل غروب الشمس ومن رآ انه انما ينطلق على النهار اوجب الدخول قبل طلوع الفجر
ومن رآ ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين ان ينذر اياماً او ليالي والحق ان اسم اليوم فى كلام
العرب قد يقال على النهار مفرداً وقد يقال على الليل والنهار معاً لكن يشبه ان يكون دلالته الاولي انما هي على
النهار ودلالته على الليل بطريق اللزوم واما الاثر المخالف لهذى الاقيسة كلها فهو ما خرجه البخارى وغيره من اهل

الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلي الله عليه وسلم يعتكف فى كل رمضان واذا صلى الغداة دخل مكانه الذى كان يعتكف فيه واما وقت خروجه فان مالكا رآ ان يخرج المعتكف العشر الاواخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس اجزاه وقال الشافعي وابو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجع الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه *وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هى من حكم العشر ام لا واما شروطه فثلاث النية والصيام وترك مباشرة النساء اما النية فلا اعلم فيها اختلافا واما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بالصوم وقال الشافعى الاعتكاف جائز بغير صوم وبقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه فى ذلك وبقول الشافعى قال على وابن مسعود *والسبب فى اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع فى رمضان فمن رآ ان الصوم المقترن باعتكافه هو شرط فى الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لابد من الصوم مع الاعتكاف ومن رآ انه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على ان ذلك كان مقصوداً له عليه السلام فى الاعتكتاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك ايضاً سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم فى آية واحدة وقد احتج الشافعي بحديث عمر المتقدم وهو انه امره عليه السلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمان ابن اسحاق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف الا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج الا لي مالابد له منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا فى مسجد جامع قال ابو عمر بن عبد البر لم يقل احد فى حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمان بن اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهرى وان كان الامر هكذا بطل ان يجرى مجرى المسند واما الشرط الثالث وهى المباشرة فانهم اجمعوا على ان المعتكف اذا جامع عامداً بطل اعتكافه الا ما روى عن ابن لبابة فى غير المسجد واختلفوا فيه اذا جامع ناسياً واختلفوا أيضاً فى فساد الاعتكاف بما دون الجماع من القبلة واللمس فرآ مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال ابو حنيفة ليس فى المباشرة فساد الا ان ينزل وللشافعى قولان احدهما مثل قول مالك والثاني مثل قول ابي حنيفة * وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز له عموم ام لا وهو احد انواع الاسم المشترك فمن ذهب الى ان له عموماً قال ان المباشرة فى قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون فى المساجد ينطلق على الجماع وعلى ما دونه ومن لم ير له عموماً وهو الاشهر الاكثر قال يدل اما على الجماع واما على مادون الجماع فاذا قلنا انه يدل على الجماع باجماع بطل ان يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والمجاز معاً ومن اجرى الانزال بمنزلة الوقاع فلانه فى معناه ومن خالف فلانه لا ينطلق عليه الاسم حقيقة واختلفوا فيما يجب على المجامع فقال الجمهور لا شئ عليه وقال قوم عليه كفارة فبعضهم قال كفارة المجامع فى رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد اهدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر واصل الخلاف هل يجوز القياس فى الكفارة ام لا والاظهر انه لا يجوز واختلفوا فى مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه التتابع ام لا فقال مالك وابو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك *والسبب فى اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق واما موانع الاعتكاف فاتفقوا على انها ما عدى الافعال التى هى اعمال المعتكف وانه لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد الا لحاجة الانسان او ما هو في معناها مما تدعوا اليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف

يدني الى رأسه وهو فى المسجد بارجله وكان لا يدخل البيت الا لحاجة الانسان واختلفوا اذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعى ينتقض اعتكافه عند أول خروجه وبعضهم رخص في الساعة وبعضهم فى اليوم واختلفوا هل له ان يدخل بيتاً غير بيت مسجده فرخص فيه بعضهم وهم الاكثر مالك والشافعى وأبو حنيفة ورأى بعضهم ان ذلك يبطل اعتكافه واجاز مالك له البيع والشراء وان يلى عقد النكاح وخالفه غيره فى ذلك * وسبب اختلافهم انه ليس فى ذلك حد منصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيه مالم يتفقوا عليه واختلفوا أيضاً هل للمعتكف ان يشترط فعل شئ مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه في الاباحة أم ليس ينفعه ذلك مثل ان يشترط شهود جنازة أو غير ذلك فاكثر الفقهاء على ان شرطه لا ينفعه وانه ان فعل بطل اعتكافه وقال الشافعى ينفعه شرطه * والسبب فى اختلافهم تشبيههم الاعتكاف بالحج فى ان كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج انما صار اليه من رآه لحديث ضباعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها اهلى بالحج واشترطي ان تحلى حيث حبستني لكن هذا الاصل مختلف فيه في الحج بالقياس عليه ضعيف عند الخصم المخالف له واختلفوا اذا اشترط التتابع في النذر او كان التتابع لازما لمطلق النذر عند من يرى ذلك ماهى الاشياء التى اذا قطعت الاعتكاف اوجبت الاستئناف او البناء مثل المرض فان منهم من قال اذا قطع المرض الاعتكاف بنى المعتكف وهو قول مالك وأبى حنيفة والشافعى ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول الثورى ولا خلاف فيما احسب عندهم ان الحائض تبنى واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج وكذلك اختلفوا إذا جن المعتكف أو اغمي عليه هل يبنى أو ليس يبنى بل يستقبل * والسبب في اختلافهم فى هذا الباب انه ليس في هذه الاشياء شئ محدود من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم ما اتفقوا عليه بما اختلفوا فيه أعنى بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو فى العبادات التى من شرطها التتابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على ان اعتكاف المتطوع إذا قطع لغير عذر انه يجب فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد أن يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشراً من شوال واما الواجب بالنذر فلا خلاف فى قضائه فيما احسب والجمهور على أن من أتي كبيرة انقطع اعتكافه فهذا جملة ما رأينا ان نثبته فى اصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين

بسم الله الرحمان الرحيم

وصلى الله على محمد وآله وسلم تسليما

﴿كتاب الحج﴾

والنظر فى هذا الكتاب في ثلاثة اجناس .الجنس الاول يشتمل على الاشياء التى تجرى من هذه العبادة مجرى المقدمات التى تجب معرفتها لعمل هذه العبادة .الجنس الثانى فى الاشياء التى تجرى منها مجري الاركان وهى الامور المعمولة انفسها والاشياء المتروكة .الجنس الثالث فى الاشياء التى يجرى منها مجرى الامور اللاحقة وهى احكام الافعال وذلك ان كل عبادة فانها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الاجناس

﴿الجنس الاول﴾

وهذا الجنس يشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وأما شروط الوجوب فان الشروط قسمان شروط صحة وشروط وجوب فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شروطه الاسلام اذ لا يصح حج من ليس بمسلم واختلفوا فى صحة وقوعه من الصبى فذهب مالك والشافعى الى جواز ذلك ومنع منه أبو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاثر فى ذلك للاصول وذلك ان من اجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرجه البخارى ومسلم وفيه ان امرأة رفعت اليه عليه السلام صبياً فقالت ألهذا حج قال نعم ولك أجر ومن

منع ذلك تمسك بان الاصل هو العبادة لاتصح من غير عاقل وكذلك اختلف أصحاب مالك فى صحة وقوعها من الطفل الرضيع وينبغى الايختلف في صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه السلام من السبع إلى العشر وام شروط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام ولا خلاف فى اشتراط الاستطاعة فى ذلك لقوله تعالى من استطاع اليه سبيلا وإن كان فى تفصيل ذلك اختلاف وهى بالجملة تتصور على نوعين مباشرة ونيابة فاما المباشرة فلاخلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن واختلفوا فى تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعى وأبوحنيفة وأحمد وهوقول ابن عباس وعمر بن الخطاب ان من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع المشى فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب فى حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد عنده من شرط الاستطاعة إذا كان ممن يمكنه الاكتساب في طريقه ولو بالسؤال *والسبب فى هذا الخلاف معارضة الاثر انوارد فى تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد أثر عنه عليه السلام انه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل أبوحنيفة والشافعى ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشى ولاله قوة على الاكتساب فى طريقه وإنما اعتقد الشافعى هذا الرأى لان من مذهبه إذا ورد الكتاب مجملا فوردت السنة بتفسير ذلك المجمل انه ليس ينبغى العدول عن ذلك التفسير واما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأبى حنيفة انه لا تلزم النيابة اذا استطيعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعى انها تلزم فيلزم على مذهبه الذى عنده مال يقدر ان يحج به عنه غيره اذالم يقدر هو ببدنه ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من اخ اوقريب سقط ذلك عنه وهى المسئلة التى يعرفونها بالمعضوب وهو الذى لايثبت على الراحلة وكذلك عنده الذى يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده ان يخرجوا من ماله بما يحج به عنه *وسبب الخلاف فى هذا معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضى ان العبادات لاينوب فيها احد عن أحد فانه لايصلى أحد عن أحد باتفاق ولا يزكى أحد عن أحد واما الاثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يارسول الله فريضة الله في الحج على عباده ادركت أبي شيخاً كبيراً لايستطيع ان يثبت على الراحلة أفاحج عنه قال نعم وذلك فى حجة الوداع فهذ فى الحى وأما فى الميت فحديث ابن عباس أيضاً خرجه البخارى قال جاءت امرأة من جهينة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان امى نذرت الحج فماتت أفأحج عنها قال حجي عنها أرايت لوكان عليها دين اكنت قاضيته دين الله أحق بالقضاء ولاخلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعا وانما الخلاف فى وقوعه فرضاً واختلفوا من هذا الباب في الذى يحج عن غيره سواء كان حياً أوميتاً هل من شرطه ان يكون قد حج عن نفسه ام لا فذهب بعضهم الى ان ذلك ليس من شرطه وان كان قد ادى الفرض عن نفسه فذلك أفضل وبه قال مالك فيمن يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحى لايقع وذهب آخرون الى ان من شرطه ان يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعى وغيره انه ان حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة فقال اخ لى اوقال قريب لى قال افحججت عن نفسك قال لا قال فحج عن نفسك ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى عللت هذا الحديث بانه قد روى موقوفا عن ابن عباس واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يواجر نفسه فى الحج فكره ذلك مالك والشافعى وقالا ان وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك أبو حنيفة وعمدته انه

قربة الى الله عز وجل فلا تجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة فى كتب المصاحف وبناء المساجد وهى قربة والاجارة فى الحج عند مالك نوعان أحدهما الذى يسميه أصحابه على البلاغ وهو الذى يواجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فان نقص ما آخذه عن البلاغ وفاه ما يبلغه وان فضل عن ذلك شئ رده والثانى على سنة الاجارة ان نقص شئ وفاه من عنده وان فضل شئ فله والجمهور على ان العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق واوجبه عليه بعض أهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه الفريضة وممن تقع وأما متى يجب فانهم اختلفوا هل هى على الفور او على التراخي والقولان متاولان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتأخرين من أصحابه انها على التراخي وبالقول انها على الفور قال البغداديون من اصحابه واختلف في ذلك قول أبى حنيفة وأصحابه والمختار عندهم انه على الفور وقال الشافعى هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبي صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما اخره النبى عليه السلام ولو اخره لعذر لبينه وحجة الفريق الثانى انه لما كان مختصاً بوقت كان الاصل تاثيم تاركه حتى يذهب الوقت اصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق الثاني بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت وبالجملة فمن شبه اول وقت من اوقات الحج الطارية على المكلف المستطيع باول الوقت من الصلاة قال هو علي التراخي ومن شبهه باخر الوقت من الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه ينقضى بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقضى وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلى مؤديا ويحتج هؤلاء بالغرر الذي يلحق المكلف بتأخيره الى عام آخر بما يغلب على الظن من امكان وقوع الموت فى مدة من عام ويرون انه بخلاف تاخير الصلاة من اول الوقت الى آخره لان الغالب انه لا يموت احد فى مقدار ذلك الزمان الا نادراً وربما قالوا ان التاخير فى الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذى يؤدى فيه الصلاة والتأخير هاهنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو ليس يشبهه فى هذا الامر المطلق وذلك ان الامر المطلق عند من يقول انه على التراخي ليس يؤدى التراخي فيه الى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المامور فيه كما يؤدى التراخي فى الحج اذا دخل وقته فاخره المكلف الى قابل فليس الاختلاف في هذه المسئلة من باب اختلافهم فى مطلق الامر هل هو على الفور او علي التراخى كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المراة ان يكون معها زوج او ذو محرم منها يطاوعها علي الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعى ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المراة إلي الحج اذا وجدت رفقة مامونة وقال ابو حنيفة وأحمد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط فى الوجوب *وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهي عن سفر المرأة ثلاثا الا مع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه السلام من حديث أبي سعيد الخذرى وأبى هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه السلام لا يحل لامرأة تومن بالله واليوم الاخر ان تسافر الا مع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث اورآ انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذى محرم فقد قلنا في وجوب هذا النسك الذى هو الحج وباى شئ يجب وعلى من يجب ومتي يجب وقد بقى من هذا الباب القول في حكم النسك الذى هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وبه قال الشافعى واحمد وأبو ثور وابو عبيد والثورى والاوزاعى وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هى سنة وقال ابو حنيفة هى تطوع وبه قال ابو ثور وداود فمن أوجبها احتج بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله وباثار مروية منها ماروى عن ابن عمر عن ابيه قال دخل اعرابى حسن الوجه ابيض

الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الاسلام يارسول الله فقال ان تشهد ان لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله وتقيم الصلاة وتوتى الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعتمر وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما نزلت ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم باثنين حجة اوعمرة فمن قضاهما فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه السلام أنه قال الحج والعمرة فريضتان لا يضرك بايهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وأما حجة الفريق الثاني وهم الذين يرون انها ليست واجبة فالاحاديث المشهورة الثابتة الواردة فى تعديد فرائض الاسلام من غير ان يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحج مفرداً ومثل حديث السائل عن الاسلام فان فى بعض طرقه وان يحج البيت وربما قالوا ان الامر بالاتمام ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض أعنى اذا شرع فيها أن تتم ولا تقطع * واحتج هؤلاء أيضاً بآثار أعنى من قال انها سنة منها حديث الحجاج ابن ارطاة عن محمد ابن المنكدر عن جابر ابن عبد الله قال سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هى قال لا ولان تعتمر خير لك قال ابن عمر وليس هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روي عن أبى صالح الحنفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فسبب الخلاف فى هذا هو تعارض الآثار فى هذا الباب وتردد الامر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه

القول فى الجنس الثاني وهو تعريف أفعال هذه العبادة فى نوع نوع منها والتروك المشترطة فيها

وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة أصناف افراد وتمتع وقران وهى كلها تشتمل على أفعال محدودة فى أمكنة محدودة واوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشترط فى تلك الافعال ولكل هذه أحكام محدودة اما عند الاحلال بها واما عند الطوارئ المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولا الى القول فى الافعال والى القول فى التروك * وأما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول فى الاحكام فلنبدأ بالافعال وهذه منها ما تشترك فيه هذه الاربعة الانواع من النسك أعنى أصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها ما يختص بواحد واحد منها فانبدأ من القول فيها بالمشترك ثم نصير الى مايخص واحداً واحداً منها فنقول ان الحج والعمرة اول أفعالهما الفعل الذى يسمى الاحرام

القول فى شروط الاحرام

والاحرام شروطه الاول المكان والزمان أما المكان فهو الذى يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول ان العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التى منها يكون الاحرام أما لاهل المدينة فذو الحليفة وأما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه سلم من حديث ابن عمر وغيره * واختلفوا فى ميقات أهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق * وقال الشافعى والثورى ان اهلوا من العقيق كان أحب * واختلفوا فيمن اقته لهم فقالت طائفة عمر ابن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى اقت لاهل العراق ذات عرق والعقيق وروى ذلك من حديث جابر وابن عباس وعائشة وجمهور العلماء على ان من يخطئ هذه وقصده الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه دما وهؤلاء منهم من قال ان رجع الى الميقات فاحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعى ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون

ان

ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا يذكر فى الاحكام وجمهور العلماء على ان من كان منزله دونهن فميقات احرامه من منزله واختلفوا هل الافضل احرام الحاج منهن او من منزله اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة وقال مالك واسحاق وأحمد احرامه من المواقيت افضل وعمدة هؤلاء للاحاديث المتقدمة وانها السنة التى سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي افضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قد احرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم اعرف بالسنة واصول اهل الظاهر تقتضى الا يجوز الاحرام الا من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه واختلفوا فيمن ترك الاحرام من ميقاته واحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل ان يترك اهل المدينة الاحرام من ذى الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم وممن قال به مالك وبعض اصحابه وقال ابو حنيفة ليس عليه شئ *وسبب الخلاف هل هو من النسك الذى يجب فى تركه الدم ام لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مر بهذه المواقيت ممن اراد الحج او العمرة واما من لم يردهما ومر بهما فقال قوم كل من مر بهما يلزمه الاحرام الا من يكثر تردداه مثل الحطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام بها الا لمريد الحج او العمرة وهذا كله لمن ليس من اهل مكة واما اهل مكة فانهم يحرمون بالحج او بالعمرة يخرجون الى الحل ولا بد واما متى يحرم بالحج اهل مكة فقيل اذا رأوا الهلال وقيل اذا اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترط لانواع هذه العبادة

﴿القـــــول في ميقات الزمان﴾ واما ميقات الزمان فهو محدود ايضاً في انواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذى الحجة باتفاق وقال مالك الثلاثة الاشهر كلها محل للحج وقال الشافعى الشهران وتسع عشر من ذى الحجة وقال ابو حنيفة تسع عشر فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج اشهر معلومات فوجب ان يطلق على جميع ايام ذى الحجة اصله انطلاقه على جميع ايام شوال وذى القعدة ودليل الفريق الثانى انقضاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء افعاله الواجبة وفائدة الخلاف تاخر طواف الافاضة الي آخر الشهر وان احرم بالحج قبل اشهر الحج كرهه مالك ولكن صح احرامه عنده وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعى ينعقد احرامه احرام عمرة فمن شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت ومن اعتمد عموم قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله قال متى احرم انعقد احرامه لانه مامور بالاتمام وربما شبهوا الحج فى هذا المعني بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعى فهو مبنى على ان من التزم عبادة فى وقت نظيرتها انقلبت الى النظير مثل ان يصوم نذراً في فى ايام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف فى المذهب واما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها فى كل اوقات السنة لانها كانت فى الجاهلية لا تصنع في ايام الحج وهو معنى قوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال ابو حنيفة تجوز في كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق فانها تكره واختلفوا فى تكريرها في السنة الواحدة مراراً فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثا فى السنة الواحدة وقال الشافعى وابو حنيفة لا كراهية فى ذلك فهذا هو القول فى شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغي بعد ذلك ان نصير الى القول فى الاحرام وقبل ذلك ينبغى ان نقول فى تروكه ثم نقول بعد ذلك فى الافعال الخاصة بالمحرم الى حين احلاله وهي افعال الحج كلها وتروكه ثم نقول فى احكام الاحلال بالتروك والافعال ولنبدا بالتروك

﴿القـــــول في التروك وهو ما يمنع الاحرام من الامور المباحة الحلال﴾

والاصل فى هذا الباب ماثبت من حديث مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم مايلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتلبسوا القميص ولاالعمائم ولاالسراويلات ولاالبرانس ولاالخفاف الااحد لايجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما اسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفان ولاالورس فاتفق العلماء على بعض الاحكام الواردة فى هذا الحديث واختلفوا فى بعضها فمما اتفقوا عليه انه لايلبس المحرم شيئاً ولاسيما مماذكر في هذا الحديث ولاما كان في معناه من مخيط الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال أعنى تحريم لبس المخيط وانه لاباس للمرأة تلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له لباسها فقال مالك وابوحنيفة لايجوز له لباس السراويل وان لبسها افتدى وقال الشافعى والثورى وأحمد وابوثور وداود لاشئ عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان فى ذلك رخصة لاستثناها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى في لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين وجمهور العلماء على اجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين وقال احمد جائز لمن لم يجد النعلين ان يلبس الخفين غير مقطوعين اخذاً بمطلق حديث ابن عباس وقال عطاء فى قطعهما فساد والله لايحب الفساد واختلفوا فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وبه قال ابوثور وقال ابوحنيفة لافدية عليه والقولان عن الشافعى وسنذكر هذا فى الاحكام وأجمع العلماء على ان المحرم لايلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه السلام فى حديث ابن عمر لاتلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولاالورس واختلفوا فى المعصفر فقال مالك ليس به باس فانه ليس بطيب وقال ابو حنيفة والثورى هو طيب وفيه الفدية وحجة ابى حنيفة ماخرجه مالك عن على أن النبي عليه السلام نهى عن لبس الغشى وعن لبس المعصفر وأجمعوا على أن احرام المرأة في وجهها وان لها ان تغطى رأسها وتستر شعرها وان لها ان تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سدلاً خفيفاً تستر به من نظر الرجال اليها كنحو ماروي عن عائشة انها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فاذامر بنا ركب سدلنا على وجوهنا الثوب من قبل رءوسنا واذاجاوز الركب رفعناه ولم يات تغطية وجوههن الامارواه مالك عن فاطمة بنت المغدر انها قالت كنا نخمر وجوهنا ونحن محرمات مع اسماء بنت ابي بكر الصديق واختلفوا فى تخمير المحرم وجهه بعد اجماعهم على انه يخمر رأسه فروى مالك عن ابن عمر ان مافوق الذقن من الرأس لايخمره المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه انه انفعل ذلك ولم ينزعه مكانه افتدى وقال الشافعى والثوري واحمد وداود وابوثور يخمر المحرم وجهه الى الحاجبين وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن ابى وقاص واختلفوا فى لبس القفازين للمرأة فقال مالك ان لبست المرأة القفازين افتدت ورخص فيه الثورى وهو مروى عن عائشة والحجة لمالك ماخرجه ابوداود عن النبي عليه السلام انه نهى عن النقاب والقفازين وبعض الرواة ترويه مرفوعا عن ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث أعنى رفعه الى النبي عليه السلام فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم فى اللباس واصل الخلاف فى هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته اولا ثبوته وأما الشئ الثاني من التروكات فهو الطيب وذلك أن العلماء اجمعوا على ان الطيب كله يحرم على المحرم بالحج والعمرة في حال احرامه واختلفوا فى جوازه للمحرم عند

الاحرام قبل ان يحرم لما يبقى من اثره عليه بعد الاحرام فكرهه قوم واجازه آخرون وممن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين وممن اجازه ابو حنيفة والشافعي والثوري واحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الاثر حديث صفوان بن يعلى ثبت في الصحاح وفيه ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بجبة مضمخة بطيب فقال يارسول الله كيف ترى في رجل احرم في عمرة في جبة بعدما تضمخ بطيب فانزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما افاق قال اين السائل عن العمرة آنفاً فالتمس الرجل فاتى به فقال عليه السلام أما الطيب الذى بك فاغسله عنك ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها ثم اصنع ماشئت في عمرتك مما تصنع في حجتك اختصرت الحديث وفقهه هو الذى ذكرت وعمدة الفريق الثاني مارواه مالك عن عائشة انها قالت كنت اطيب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم ولحله قبل ان يطوف بالبيت واعتل الفريق الاول بما روى عن عائشة انها قالت وقد بلغها انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه يرحم الله ابا عبدالرحمان طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم اصبح محرماً قالوا واذا طاف على نسائه اغتسل فانما يبقى عليه اثر ريح الطيب لاحرمة نفسه قالوا ولما كان الاجماع قد انعقد على ان كل مالا يجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لايجوز له استصحابه وهو محرم فوجب ان يكون الطيب كذلك * فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا الحكم وأما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء وذلك انه اجمع المسلمون على ان وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولافسوق ولا جدال في الحج وأما الممنوع الرابع وهو القاء التفث وازالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على انه يجوز له غسل رأسه من الجنابة واختلفوا في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لاباس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدته ان عبد الله بن عمر كان لايغسل رأسه وهو محرم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ماروى مالك عن عبدالله بن جبير وابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال المسور لايغسل المحرم رأسه قال فارسلني عبدالله بن عباس الى ابي ايوب الانصارى قال فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبدالله بن جبير ارسلني اليك عبدالله بن عباس أسئلك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم فوضع ابو ايوب يده على الثوب فتطأطأ حتى بدالى رأسه ثم قال لانسان اصبب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيده فاقبل بهما وادبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول مايزيده الماء الاشعثاً رواه مالك في الموطا وحمل مالك حديث ابي ايوب على غسل الجنابة والحجة له اجماعهم على أن المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر والقاء التفث وهو الوسخ والغاسل رأسه هو اما ان يفعل هذه كلها او بعضها واتفقوا على منع غسله رأسه بالخطمى وقال مالك وابو حنيفة ان فعل ذلك افتدى وقال ابو ثور وغيره لاشيء عليه واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى ان على من دخله الفدية وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري وداود لاباس بذلك وروى عن ابن عباس دخول الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن ان يكره دخوله لان المحرم منهى عن القاء التفث وأما المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك ايضاً مجمع عليه لقوله سبحانه وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً وقوله تعالى لاتقتلوا الصيد وانتم حرم واجمعوا على انه لا يجوز له صيده ولا اكل ماصاد هو منه واختلفوا اذا صاده حلال هل يجوز للمحرم اكله على ثلاثة اقوال قول انه يجوز له اكله على الاطلاق

وبه قال ابو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير وقال قوم هو محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلى وعمر وبه قال الثوري وقال مالك مالم يصد من اجل المحرم اومن اجل قوم غير محرمين فهو حلال وماصيد من اجل محرم فهو حرام على المحرم * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك فاحدها ماخرّجه مالك من حديث ابى قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع اصحاب له محرمين وهو غير محرم فرآ حماراً وحشياً فاستوى على فرسه فسأل اصحابه ان يناولوه سوطه فاتوا عليه فسألهم رمحه فاتوا عليه فاخذه ثم شد على الحمار فقتله فاكل منه بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بعضهم فلما ادركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال انما هى طعمة اطعمكم الله والحديث الثانى حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النساءى أن عبد الرحمان التيمي قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدى له ظبى وهو راقد فاكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق هذا كله وقال اكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وللاختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهى عن الاكل بشرط القتل اويتعلق بكل واحد منهما على الانفراد فمن اخذ بحديث ابى قتادة قال ان النهى انما يتعلق بالاكل مع القتل ومن اخذ بحديث طلحة قال النهى يتعلق بكل واحد منهما على انفراده فمن ذهب في هذه الاحاديث مذهب الترجيح قال إما بحديث ابى قتادة وإما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الاحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع اولى وأكدوا ذلك بما روى عن جابر عن النبى عليه السلام انه قال صيد البر حلال لكم حديث ابن عباس خرّجه ايضاً مالك انه اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش اولحم حمار وحشى بالابواء ويردان فرده عليه وقال لم يردده عليك الا انا حرم وجاء ايضاً في معنى حديث طلحة وانتم حرم مالم يصيدوه اويصاد لكم واختلفوا في المضطر هل ياكل الميتة اويصيد في الحرم فقال مالك وابو حنيفة والثوري وزفر وجماعة اذا اضطر اكل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد وقال ابو يوسف يصيد وياكل وعليه الجزاء والاول احسن للذريعة وقول ابي يوسف اقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الاغراض وما حرم لعلة اخف مما حرم لعينه وماهو محرم لعينه اغلظ والثانى اقيس فهذه الخمسة اتفق المسلمون على انها من محظورات الاحرام واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعى والليث والاوزاعي لاينكح المحرم ولاينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلى بن ابى طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال ابو حنيفة والثورى لاباس بان ينكح المحرم وان ينكح * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فاحدها ماروا مالك من حديث عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاينكح المحرم ولاينكح ولايخطب والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرّجه اهل الصحيح الا انه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن ابي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الاصم ويمكن الجمع بين الحديثين بان يحمل الواحد على الكراهية والثانى على الجواز فهذه هى مشهورات مايحرم على المحرم وأما مايحل فسنذكره عند ذكرنا افعال الحج وذلك أن المعتمر يحل اذا طاف وسعي وحلق واختلفوا في الحاج على ما سياتى بعد واذ قد قلنا في تروك المحرم فلنقل في افعاله

﴿القول في انواع هذا النسك﴾ والمحرمون إما محرم بعمرة مفردة او محرم بحج مفرد اوجامع بين الحج والعمرة وهذان ضربان إما متمتع وإما قارن فينبغى اولا ان نجرد اصناف هذه المناسك

الثلاث ثم نقول مايفعل المحرم فى كلها ومايخص واحداً واحداً منها ان كان هنالك مايخص وكذلك نفعل فيما بعد الاحرام من افعال الحج

﴿ القول في شرح انواع هذه المناسك ﴾

فنقول ان الافراد هو مايتعرى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب ان نبدأ اولا بصفة التمتع ثم نردف ذلك بصفة القران

﴿ القول فى المتمع ﴾

فنقول ان العلماء اتفقوا على ان هذا النوع من النسك الذى هو المعنى بقوله سبحانه فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى هو ان يهل الرجل بالعمرة فى اشهر الحج من الميقات وذلك انه اذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ثم ياتي حتى يصل البيت فيطوف بعمرته ويسعي ويحلق في تلك الاشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام بعينه وفى تلك الاشهر من غير ان ينصرف الى بلده الاماروى عن الحسن انه كان يقول هو متمتع وان عاد الى بلده ولم يحج أى عليه هدى المتمتع المنصوص عليه فى قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى لانه كان يقول عمرة فى اشهر الحج متعة وقال طاوس من اعتمر في غير اشهر الحج ثم اقام حتى يحج وحج من عامه انه متمتع واتفق العلماء على أن من لم يكن حاضراً فى المسجد الحرام فهو متمتع واختلفوا في المكى هل يقع منه التمتع ام لايقع والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا على انه ليس عليه دم لقوله تعالى ذلك لمن يكن أهله حاضري المسجد واختلفوا فيمن هو حاضر بالمسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضروا المسجد الحرام هم اهل مكة وذى طوى وما كان مثل ذلك من مكة وقال ابو حنيفة هم اهل المواقيت فمن دونهم الى مكة وقال الشافعى بعصر من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو اكمل المواقيت وقال اهل الظاهر من كان ساكن الحرم وقال الثورى هم اهل مكة فقط وابو حنيفة يقول ان حاضري المسجد الحرام لايقع منهم التمتع وكره ذلك مالك * وسبب الاختلاف اختلاف مايدل عليه اسم حاضرى المسجد الحرام بالاقل والاكثر ولذلك لايشك ان اهل مكة هم من حاضري المسجد الحرام كمالايشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعني التمتع تمتع يحلاله بين النسكين ويسقط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثانى الذى هو الحج وهما نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما أحدهما فسخ الحج في عمرة وهو تحويل السنة من الاحرام بالحج الى العمرة فجمهور العلماء يكرهون ذلك من الصدر الاول وفقهاء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال احمد وداود وكلهم متفقون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امر اصحابه عام حج بفسخ الحج في العمرة وهو قوله عليه السلام لو استقبلت من امرى ما استدبرت لماسقت الهدى ولجعلتها عمرة وامره لمن لم يسق الهدى من اصحابه ان يفسخ اهلاله فى العمرة وبهذا تمسك اهل الظاهر والجمهور رأوا ذلك من باب الخصوص لاصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم واحتجوا بماروى عن ربيعة بن ابى عبد الرحمان عن الحارث بن بلال بن الحارث المدني عن ابيه قال قلت يارسول الله افسخ لنا خاصة ام لمن بعدنا قال لنا خاصة وهذا لم يصح عند اهل الظاهر صحة تعارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر انه قال متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم انا انهى عنهما واعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروى عن عثمان انه قال متعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال ابو ذر ما كان لاحد بعدنا ان يحرم بالحج ثم يفسخه فى عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله والظاهرية على ان الاصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله اوسنة ثابتة على انه خاص فسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم اوعلى الخصوص وأما النوع الثانى من التمتع فهو ما كان يذهب اليه ابن الزبير أن التمتع

الذى ذكره الله هو تمتع المحصر بمرض او عدو وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو او امر تعذر به عليه الحج حتى يذهب ايام الحج فياتى البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم يتمتع بحله الى العام المقبل ثم يحج ويهدى وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجماعا وشذ طاوس ايضاً فقال ان المكى اذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدى واختلف العلماء فيمن انشأ عمرة فى غير اشهر الحج ثم عملها فى اشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته فى الشهر الذى حل فيه فان كان حل فى اشهر الحج فهو متمتع وان كان حل فى غير اشهر الحج فليس بمتمتع وبقريب منه قال ابو حنيفة والشافعى والثوري الا أن الثورى اشترط ان يوقع طوافه كله فى شوال وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ان طاف ثلاثة اشواط فى رمضان واربعة فى شوال كان متمتعاً وان كان عكس ذلك لم يكن متمتعاً أعنى ان يكون طاف اربعة اشواط فى رمضان وثلاثة في شوال وقال ابو ثور اذا دخل فى العمرة فى غير اشهر الحج فسواء طاف لها فى اشهر الحج وفى غير اشهر الحج لا يكون متمتعاً * وسبب الاختلاف هل يكون متمتعاً بايقاع احرام العمرة فى اشهر الحج فقط ام بايقاع الطواف معه ثم ان كان بايقاع الطواف معه فهل بايقاعه كله ام اكثره فابو ثور يقول لا يكون متمتعاً الا بايقاع الاحرام فى اشهر الحج لان بالاحرام تنعقد العمرة والشافعي يقول الطواف هو اعظم اركانها فوجب ان يكون به متمتعاً فالجمهور على أن من اوقع بعضها فى اشهر الحج كمن اوقعها كلها وشروط التمتع عند مالك ستة ،أحدها ان يجمع بين العمرة والحج فى شهر واحد .والثاني ان يكون ذلك فى عام واحد .والثالث ان يفعل شيئاً من العمرة في اشهر الحج .والرابع ان يقدم العمرة على الحج ،والخامس ان ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاله منها .والسادس ان يكون وطنه غير مكة فهذه هى صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق

القول في القارن

وأما القران فهو ان يهل بالنسكين معاً اويهل بالعمرة فى اشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل ان يحل من العمرة واختلف اصحاب مالك في الوقت الذى يكون ذلك له فيه فقيل ذلك له مالم يشرع فى الطواف ولو شوطاً واحداً وقيل مالم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه وقيل له ذلك مابقى عليه شئ من عمل العمرة من طواف اوسعى ماخلا انهم اتفقوا على انه اذا اهل بالحج ولم يبق عليه من افعال العمرة الا الحلاق فانه ليس بقارن والقارن الذى يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضرى المسجد الحرام الا ابن الماجشون من اصحاب مالك فان القارن من اهل مكة عنده عليه الهدى وأما الافراد فهو ماتعرى من هذه الصفات وهو الا يكون متمتعاً ولا قارنا بل ان يهل بالحج فقط وقد اختلف العلماء أى افضل هل الافراد او القران او التمتع * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك انه روى عنه عليه السلام انه كان مفرداً وروى انه تمتع وروي عنه انه كان قارنا فاختار مالك الافراد واعتمد فى ذلك على ماروى عن عائشة انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فمنا من اهل بعمرة ومنا من اهل بحج وعمرة واهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق قال ابو عمر بن عبد البر وروى الافراد عن النبى صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتى متواترة صحاح وهو قول ابي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبى صلى الله عليه وسلم كان متمتعاً احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عام حجة الوداع بالعمرة الى

الحج

الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة فى التمتع والافراد واعتمد من رآ أنه عليه السلام كان قارنا احاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادى العقيق أتانى الليلة آت من ربى فقال اهل فى هذا الوادى المبارك وقال عمرة في حجة خرّجه البخارى وحديث مروان بن الحكم قال شهدت عثمان وعلياً ينهيا عن المتعة وان يجمع بينهما فلما رآ ذلك على اهل بهما لبيك بعمرة وحجة وقال ما كنت لادع سنة رسول الله عليه وسلم لقول احد خرّجه البخارى وحديث انس خرّجه البخارى أيضاً قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لبيك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فاهللنا بعمرة ثم قال رسول الله من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعاً واحتجوا فقالوا ومعلوم انه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد ان يامر بالقران من معه هدي ويكون معه الهدى اولا يكون قارنا وحديث مالك ايضاً عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبى عليه السلام انه قال انى قلدت هديى ولبدت رأسى فلا احل حتى انحر هديى وقال احمد لا اشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا والتمتع احب الى واحتج فى اختياره التمتع بقوله عليه السلام لو استقبلت من امرى ما استدبرت ماسقت الهدي ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رآ أن الافراد افضل ان التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم وإذ قلنا فى وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شروط وجوبه ومتى يجب وفي أي وقت يجب ومن أى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم بما هو محرم ثم قلنا ايضاً فى انواع هذا النسك يجب ان نقول فى اول افعال الحاج او المعتمر وهو الاحرام

﴿ القــــول فى الاحرام ﴾

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للاهلال سنة وانه من افعال المحرم حتى قال ابن نوار ان هذا الغسل للاهلال عند مالك اوكد من غسل الجمعة وقال اهل الظاهر هو واجب وقال ابو حنيفة والثورى يجزى منه الوضوء وحجة اهل الظاهر مرسل مالك من حديث اسماء بنت عميس انها ولدت محمد بن ابي بكر بالبيداء فذكر ذلك ابو بكر لرسول الله صلى الله عليه سلم فقال مرها فلتغتسل ثم لتهل والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب بامر لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاث من افعال المحرم واتفقوا على أن الاحرام لا يكون الا بنية واختلفوا هل تجزى النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعى تجزى النية من غير التلبية وقال ابو حنيفة التلبية فى الحج كالتكبيرة فى الاحرام بالصلاة الا انه يجزى عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزى عنده فى افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم واتفق العلماء على أن لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم لبيك لبيك لاشريك لك ان الحمد والنعمة لك والملك لاشريك لك وهى من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو اصح مسند واختلفوا فى هل هى واجبة بهذا اللفظ أم لا فقال اهل الظاهر هي واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور فى استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا فى الزيادة عليه او فى تبديله واوجب اهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اتاني جبريل فامرنى ان آمر اصحابي ومن معى ان يرفعوا اصواتهم بالتلبية وبالاهلال وأجمع اهل

العلم على أن تلبية المرأة فيما حكاه ابو عمر هو ان تسمع نفسها بالقول وقال مالك لا يرفع المحرم صوته فى مساجد الجماعة
بل يكفيه ان يسمع من يليه الا في المسجد الحرام ومسجد منى فانه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت
عند التقاء الرفاق وعند الاهلال علي شرف من الارض وقال ابو حازم كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا يبلغون الروحاء حتى تنح حلوقهم وكان مالك لا يرى التلبية من اركان الحج ويرى على تاركها دماً وكان غيره
يراها من اركانه وحجة من رآها واجبة أن افعاله صلى الله عليه وسلم اذا اتت بيانا لواجب انها محمولة على الوجوب
حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه السلام خذوا عنى مناسككم وبهذا يحتج من اوجب لفظه فيها فقط ومن
لم يروجوب لفظه فاعتمد فى ذلك ماروى من حديث جابر قال اهل رسول الله صلي الله عليه وسلم فذكر التلبية
التى فى حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزيدون على ذلك لبيك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي يسمع
ولا يقول شيئاً وماروي عن ابن عمر انه كان يزيد فى التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره واستحب العلماء
ان يكون ابتداء المحرم بالتلبية باثر صلاة يصليها وكان مالك يستحب ذلك باثر نافلة لما روى من مرسله عن هشام
بن عروة عن ابيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى مسجد ذى الحليفة ركعتين فاذا استوت به راحلته
اهل واختلفت الاثار في الموضع الذى اخرج منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من اقطار ذى الحليفة
فقال قوم من مسجد ذى الحليفة بعد ان صلى فيه وقال آخرون انما احرم حين اطل على البيداء وقال قوم انما اهل
حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلافهم في ذلك فقال كل حدث لا عن اول اهلاله عليه السلام بل عن اول
اهلال سمعه وذلك ان الناس ياتون متسابقين فعلي هذا لا يكون فى هذا اختلاف ويكون الاهلال اثر الصلاة
وأجمع فقهاء الامصار على ان المكي لا يلزمه الاهلال حتى اذا خرج الى منى ليتصل له عمل الحج وعمدتهم ما رواه مالك
عن ابن جريج انه قال لعبد الله بن عمر رأيتك تفعل هنا أربعاً لم ار احداً يفعلها فذكرمنها ورأيتك اذا كنت بمكة اهل
الناس اذا رأوا الهلال ولم تهل انت الى يوم التروية فاجابه ابن عمر اما الهلال فانى لم ار رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل
حتى تنبعث به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروي مالك ان عمر بن الخطاب كان يامر من اهل بمكة ان يهلوا
اذا رأوا الهلال ولا خلاف عندهم ان المكى لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجا واما اذا كان معتمراً فانهم اجمعوا على انه يلزمه
ان يخرج الى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج أعنى لانه يخرج الى عرفة وهو حل وبالجملة فاتفقوا على انها
سنة المعتمر واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه دم وبه قال ابو حنيفة وابن القاسم وقال آخرون لا يجزيه وهو
قول الثوري واشهب ومتى يقطع المحرم التلبية اختلفوا فى ذلك فروى مالك ان علياً بن أبي طالب رضى الله عنه كان يقطع التلبية
اذا زاغت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الامر الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الايمة أبو بكر
وعمر وعثمان وعلى يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال ابو عمر بن عبد البر واختلف فى ذلك عن عثمان وعائشة
وقال جمهور فقهاء الامصار واهل الحديث ابو حنيفة والشافعي والثورى وأحمد واسحاق وابو ثور وداود وابن ابى ليلى وأبو
عبيد والطبرى والحسن بن حي ان المحرم لا يقطع التلبية حتي يرمى جمرة العقبة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبى
حتي رمى جمرة العقبة الا انهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذا رماها باسرها لما روى عن ابن عباس ان الفضل بن عباس انه كان
رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لبى حتى رمي جمرة العقبة وقطع التلبية فى آخر حصاة وقال قوم بل يقطعها
فى اول جمرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود وروى في وقت قطع التلبية اقاويل غير هذه الا ان هذين القولين هما

المشهوران

المشهوران واختلفوا في وقت قطع التلبية بالعمرة فقال مالك يقطع التلبية اذا انتهى الى الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي اذا افتتح الطواف وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعي ان التلبية معناها اجابة الى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع في العمل *وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على ان ادخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال ابو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه هي افعال المحرم بما هو محرم وهو اول افعال الحج واما الفعل الذي بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل في الطواف

القـــــول في الطواف بالبيت

والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب او الندب وفي اعداده

القـــــول في الصفة

والجمهور مجمعون على ان صفة كل طواف واجباً كان او غير واجب ان يبتدى من الحجر الاسود فان استطاع ان يقبله قبله او يلمسه بيده ويقبله ان امكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضي على يمينه فيطوف سبعة اشواط يرمل في الثلاثة الاشواط الاول ثم يمشي في الاربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج وللمعتمر دون المتمتع وانه لا رمل على النساء ويستلم الركن اليماني وهو الذي على قطر الركن الاسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الاشواط الاول للقادم هل هو سنة او فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة واسحاق وأحمد وابو ثور واختلف قول مالك في ذلك وأصحابه والفرق بين القولين ان من جعله سنة اوجب في تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئاً واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وان ذلك سنة فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة ان قريشا زمن الحديبية قالوا ان به وباصحابه هزالا وقعدوا على قعيقعان ينظرون إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لاصحابه ارملوا اروهم ان بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الاسود الى اليماني فاذا تواري عنهم مشى وحجة الجمهور حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى أربعاً وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على ابي الطفيل عن ابن عباس فروى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى وعلى اصول الظاهرية يجب الرمل لقوله خذوا عني مناسككم وهو قولهم او قول بعضهم الان فيما اظن واجمعوا على انه لا رمل على من احرم بالحج من مكة من غير اهلها وهم المتمتعون لانهم قد رملوا في حين دخولهم حين طافوا للقدوم واختلفوا في اهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل ام لا فقال الشافعي كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعي فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك *وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلة اولغير علة وهل هو مختص بالمسافر ام لا وذلك انه كان عليه السلام حين رمل وارداً على مكة واتفقوا على ان من سنة الطواف استلام الركنين الاسود واليماني للرجال دون النساء واختلفوا هل تستلم الاركان كلها ام لا فذهب الجمهور الى انه انما تستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا

الركنين فقط واحتج من رآ استلام جميعها بما روي عن جابر قال كنا نرى اذا طفنا ان نستلم الاركان كلها وكان بعض
السلف لايحب ان يستلم الركنين الافى الوتر من الاشواط وكذلك اجمعوا على ان تقبيل الحجر الاسود خاصة من
سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الدخول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذى رواه مالك انه قال
وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما انت حجر ولولا انى رأيت رسول الله قبلك ماقبلتك ثم قبله واجمعوا
على ان من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على انه ياتى بها الطائف عند انقضاء كل اسبوع ان
طاف اكثر من اسبوع واحد واجاز بعض السلف ان لايفرق بين الاسابيع والايفصل بينها بركوع ثم يركع لكل اسبوع ركعتين
وهو مروي عن عائشة انها كانت لا تفرق بين ثلاثة الاسابيع ثم تركع ست ركعات وحجة الجمهور ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعاً وصلى خلف المقام ركعتين وقال خذوا عنى مناسككم وحجة من اجاز الجمع انه
قال المقصود انما هو ركعتان لكل اسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده فجاز الجمع
بين اكثر من ركعتين لاكثر من اسبوعين وانما استحب من يرى ان يفرق بين الثلاثة اسابيع لان رسول الله صلى الله
عليه وسلم انصرف الى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف اسابيع غير وتر ثم عاد اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه

القــول فى شروطه

واما شروطه فان منها حد موضعه وجمهور العلماء على ان الحجر من
البيت وان من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر فيه وانه شرط فى صحة طواف الافاضة وقال ابو حنيفة واصحابه هو سنة
وحجة الجمهور ما رواه مالك عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت
الكعبة ولصيرتها على قواعد ابراهيم فانهم تركوا منها سبعة اذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب وهو قول ابن
عباس فكان يحتج بقوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر
وحجة ابى حنيفة ظاهر الآية واما وقت جواز فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال أحدها إجازة الطواف بعد
الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبى سعيد الخدري وبه قال مالك
وأصحابه وجماعة والقول الثانى كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير
ومجاهد وجماعة والقول الثالث إباحة ذلك في هذه الاوقات كلها وبه قال الشافعى وجماعة وأصول ادلتهم راجعة
إلى منع الصلاة في هذه الاوقات أو إباحتها أما وقت الطلوع والغروب فالآثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل
هو ملحق بالصلاة فى ذلك الخلاف ومما احتجت به الشافعية بحديث جبير بن مطعم أن النبي عليه السلام قال يابنى
عبد مناف أو يابنى عبد المطلب إن وليتم من هذا الامر شيئاً فلا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت أن يصلى فيه أي ساعة
شاء من ليل أو نهار رواه الشافعى وغيره عن ابن عيينة بسنده إلى جبير بن مطعم واختلفوا فى جواز الطواف بغير طهارة
مع اجماعهم على ان من سنته الطهارة فقال مالك والشافعى لايجزى طواف بغير طهارة لاعمداً ولاسهواً وقال أبو
حنيفة يجزى ويستحب له الاعادة وعليه دم وقال أبو ثور إذا طاف على غير وضوء أجزأه طوافه ان كان لا يعلم ولا
يجزيه ان كان يعلم والشافعى يشترط طهارة ثوب الطائف كاشتراط ذلك للمصلى وعمدة من شرط الطهارة فى
الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهى اسماء بنت عميس أصنعى ما يصنع الحاج غير الا تطوفي بالبيت وهو
حديث صحيح وقد يحتجون أيضاً بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الطواف بالبيت صلاة الا أن الله احل فيها
النطق فلا ينطق الا بخير وعمدة من اجاز الطواف بغير طهارة اجماع العلماء على جواز السعي بين الصفا والمروة من

غير طهارة وانه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث أصله الصوم

﴿القــــول في أعداده وأحكامه﴾ واما اعداده فان العلماء اجمعوا على ان الطــواف ثلاثة أنواع طواف القدوم على مكة وطواف الافاضة بعد رمى جمرة العقبــة يوم النحر وطواف الوداع واجمعــوا على ان الواجب منها الذى يفوت الحج بفواته هو طواف الافاضة وانه المعنى بقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم وليــوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق وانه لا يجزى عند دم وجمهورهم على أنه لا يجزى طواف القدوم على مكة عن طواف الافاضة اذا نسى طواف الافاضة لكونه قبل يوم النحر وقالت طائفة من أصحاب مالك ان طواف القدوم يجزى عن طواف الافاضة كانهم رأوا ان الواجب انما هو طواف واحد وجمهور العلماء على ان طواف الوداع يجزى عن طواف الافاضة ان لم يكن طاف طواف الافاضة لانه طواف بالبيت معمــول فى وقت طواف الوجوب الذى هو طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذى هو قبل وقت طواف الافاضة وأجمعوا فيما حكاه أبو عمر بن عبد البر ان طواف القدوم والوداع من سنة الحاج الا لخائف فوات الحج فانه يجزى عنه طواف الافاضة واستحب جماعة من العلماء لمن عرض له هذا ان يدخل في الاشواط الثلاثة من طواف الافاضة على سنة طواف القدوم من الرمل واجمعوا على ان المكي ليس عليه الا طواف الافاضة كما اجمعوا على انه ليس على المعتمر الا طواف القدوم واجمعوا ان من تمتــع بالعمرة الى الحج ان عليه طوافين طوافاً للعمرة لحله منها وطوافا للحج يوم النحر على ما فى حديث عائشة المشهور واما المفرد للحج فليس عليه الا طواف واحد كما قلنا يوم النحر واختلفوا فى القارن فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور يجزى القارن طواف واحد وسعى واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثورى والازاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى على القارن طوافان وسعيان ورووا هذا عن على وابن مسعود لانهما نسكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد طوافه وسعيه فوجب ان يكون الامر كذلك اذا اجتمعا فهذا هو القول فى وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه وعدده والذى يتلو هذا الفعل من أفعال الحج أعني طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للاحرام فلنقل فيها

﴿القــــول فى السعى بين الصفا والمروة﴾ والقــول فى السعى فى حكمه وفي صفته وفى شروطه وفي ترتيبه

﴿القــــول فى حكمه﴾ اما حكمه فقال مالك والشافعى هو واجب وان لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد واسحاق وقال الـكوفيون هو سنة واذا رجع الي بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولا شئ على تاركه فعمدة من أوجبه ماروى أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعي ويقول أسعوا فان الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعى عن عبد الله بن المؤمل وأيضاً فان الاصــل ان أفعاله عليه السلام في هذه العبادة محمولة على الوجوب الا ما اخرجه الدليل من سماع أو اجماع أو قياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجبه قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما قالوا ان معناه ان لا يطوف وهى قراءة ابن مسعــود كما قال سبحانه يبين الله لـكم أن تضلوا معناه أي لا تضلوا وضعفــوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وانما نزلت فى الانصار تحرجوا ان يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه فى الجاهلية لانه كان موضع ذبائح المشركين وقد قيل انهم كانوا لا يسعو بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الاصنام فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم وانمــا صار الجمهور الى أنها من افعال الحج لانها صفة فعله صلي الله عليه وسـلم تواترت بذلك الآثار اعنى وصل السعى بالطواف

﴿القــــول في صفته﴾ واما صفته فان جمهور العلمــاء على ان

من سنة السعي بين الصفا والمروة ان ينحدر الراقى على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشى على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه الى مايلى المروة فاذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى ياتى المروة فرقي عليها حتي يبدو اله البيت ثم يقول عليها نحواً مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وان وقف اسفل المروة اجزأه عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشى على سجيته حتى ينتهى الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى الجانب الذى يلى الصفا يفعل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فان بدأ بالمروة قبل الصفا الغى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم نبدأ بما بدأ الله به يبدأ بالصفا يريد قوله تعالى إن الصفا والمروة من شعائر الله وقال عطاء ان جهل فبدأ بالمروة اجزأعنه وأجمعوا على انه ليس فى وقت السعى قول محدود فانه موضع دعاء وثبت من حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا يكبر ثلاثا ويقول لا إله الا الله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعوا ويصنع على المروة مثل ذلك ﴿القـــول فى شروطه﴾ وأما شروطه فانهم اتفقوا على ان من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عائشة افعلى كل ما يفعل الحاج غير الا تطوفي بالبيت ولا تسعى بين الصفا والمروة انفرد بهذه الزيادة يحيي عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولاخلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف ﴿القـــول فى ترتيبه﴾

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على أن السعى انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل ان يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى اصاب النساء فى العمرة او فى الحج كان عليه حج قابل والهدى او عمرة اخرى وقال الثورى ان فعل ذلك فلاشئ عليه وقال ابو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه ان يعود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعى وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه وأما الفعل الذى يلى هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة واتفقوا على أن الامام يصلى بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بهامقصورة الا انهم اجمعوا على ان هذا الفعل ليس شرطاً في صحة الحاج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها

﴿الوقـــوف بعرفة﴾ والقول فى هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه وفى صفته وفي شروطه أما حكم الوقوف بعرفة فانهم اجمعوا على انه ركن من اركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدى فى قول اكثرهم لقوله عليه السلام الحج عرفة وأما صفته فهو ان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر فى اول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانما اتفقوا على هذا لان هذه الصفة هى مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولاخلاف بينهم ان اقامة الحج هى للسلطان الاعظم اولمن يقيمه السلطان الاعظم لذلك وانه يصلي وراءه براً كان السلطان اوفاجراً اومبتدعا وان السنة فى ذلك ان ياتى المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر واختلفوا في وقت اذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضى صدراً من خطبته او بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال الشافعى يؤذن إذا أخذ الامام فى الخطبة الثانية وقال أبو حنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالاذان فاذن كالحال في الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطب ثم نزل ويقيم المؤذن الصلاة وبه قال أبو ثور تشبيهاً بالجمعة وقد

حكي

حكى ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر ان النبي صلى الله وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصوى فرحلت له واتي بطن الوادى فخطب الناس ثم اذن بلال ثم اقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئاً ثم راح الى الموقف واختلفوا اهل يجمع بين هاتين الصلاتين باذانين واقامتين اوباذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما باذانين واقامتين وقال الشافعي وأبو حنيفة والثورى وأبوثور وجماعة يجمع بينهما باذان واحد واقامتين وروى عن مالك مثل قولهم وروى عن أحمد انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعى حديث جابر الطويل فى صفة حجه عليه السلام وفيه انه صلى الظهر باذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروى عن ابن مسعود وحجته ان الاصل وهو ان تفرد كل صلاة باذان واقامة ولاخلاف بين العلماء ان الامام لولم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة وكذلك اجمعوا ان القراءة فى هذه الصلاة سر وانها مقصورة اذا كان الامام مسافراً واختلفوا اذا كان الامام مكياً هل يقصر بمنى الصلاة يوم التروية وبعرفة يوم عرفة وبالمزدلفة ليلة النحر ان كان من احد هذه المواضع فقال مالك والاوزاعي وجماعة سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من اهلها اولم يكن وقال الثورى وابو حنيفة والشافعي وابوثور وداود ولايجوز ان يقصر من كان من اهل تلك المواضع وحجة مالك انهم لم يرو ان احداً اتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم اعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثانى البقاء على الاصل المعروف ان القصر لا يجوز الا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء في وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لاتجب الجمعة بعرفة ولابمنى ايام الحج لالاهل مكة ولالغيرهم الا ان يكون الامام من اهل عرفة وقال الشافعى مثل ذلك الا انه يشترط فى وجوب الجمعة ان يكون هنالك من اهل عرفة اربعون رجلا على مذهبه في اشتراط هذا العدد فى الجمعة وقال ابو حنيفة اذا كان امير الحج ممن لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة اذا صادفها وقال احمد اذا كان والى مكة يجمع بهم وبه قال ابوثور ﴿واما شروطه﴾ فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك انهم لم يختلف العلماء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعياً الى الله تعالى ووقف معه كل من حضر الى غروب الشمس وانه لما استيقن غروبها وبان له ذلك دفع منها الى المزدلفة ولاخلاف بينهم ان هذا هو سنة الوقوف بعرفة واجمعوا على ان من وقف بعرفة قبل الزوال وافاض منها قبل الزوال انه لايعتد بوقوفه ذلك وانه ان لم يرجع فيقف بعد الزوال اويقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج وروى عن عبد الله بن معمر الديلى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحج عرفات فمن ادرك عرفة قبل ان يطلع الفجر فقد ادرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة الا انه مجمع عليه واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل الا ان يدفع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام وبعد الغيوبة اجزأه وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو ان يقف ليلا وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وان دفع قبل الغروب الا انهم اختلفوا فى وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضرس وهو حديث مجمع على صحته قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له هل لى من حج فقال من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى نفيض وأفاض قبل ذلك من عرفات ليلا ونهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه وأجمعوا على ان المراد بقوله فى هذا الحديث نهاراً انه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور ان يقولوا ان وقوفه بعرفة الى

المغيب قدنا حديث عروة بن مضرس انه على جهة الافضل اذ كان مخيراً بين ذلك وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من طرق انه قال عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرفة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومنى كلها موقف وفجاج مكة منحر ومبيت واختلف العلماء فى من وقف من عرفة بعرنه فقيل حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي لاحج له وعمدة من ابطل الحج النهى الوارد عن ذلك فى الحديث وعمدة من لم يبطله ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ماقام عليه الدليل قالوا ولم يات هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الاصل فهذا هو القول فى السنن التى فى يوم عرفة واما الفعل الذى يلى الوقوف بعرفة من افعال الحج فهو النهوض الى المزدلفة بعد غيبة الشمس ومايفعل بها فلنقل فيه

القول في افعال المزدلفة

والقول الجملى أيضاً فى هذا الموضع ينحصر فى معرفة حكمه وفى صفته وفى وقته فاما كون هذا الفعل من اركان الحج فالاصل فيه قوله سبحانه فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم واجمعوا على ان من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفرار بعد الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة التى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن الحج او من فروضه فقال الاوزاعى وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى وفقهاء الامصار يرون انه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعى ان دفع منها الى بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ماصح عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الاول قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عروة بن المضرس وهو حديث متفق على صحته من ادرك معنا هذه الصلاة يعنى صلاة الصبح بجمع وكان قد اتي قبل ذلك عرفات ليلا او نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه وقوله تعالى فاذا افضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم ومن حجة الفريق الاول ان المسلمين قد اجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما فى هذا الحديث وذلك ان اكثرهم على ان من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك اجمعوا على انه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله ان حجه تام وفي ذلك أيضاً مايضعف احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجمع هما اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا ان يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء في أول وقت العشاء ويغلسوا بالصبح فيها

القول في رمى الجمار

واما الفعل الذى بعد هذا فهو رمى الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على أن النبى صلى الله عليه وسلم وقف بالمشعر الحرام وهى المزدلفة بعدما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس الى منى وانه في هذا اليوم وهو يوم النحر رمي جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون ان من رماها فى هذا اليوم فى ذلك الوقت أعنى بعد طلوع الشمس الى زوالها فقد رماها في وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها واختلفوا فيمن رمى جمرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لاحد ان يرمى قبل طلوع الفجر ولايجوز ذلك فان رماها قبل الفجر اعادها وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد وقال الشافعى لا باس به وان كان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعله صلى الله عليه وسلم مع قوله خذوا عنى مناسككم وماروى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم معه أهله وقال لا ترموا الجمرة حتى

تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث ام سلمة خرجه أبو داود وغيره وهو ان عائشة قالت أرسل
رسول الله صلى الله عليه وسلم لام سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ومضت مافاضت وكان ذلك اليوم
الذى يكون رسول الله صلي الله عايه وسلم عندها وحديث اسماء انها رمت الجمرة بليل وقالت انا كنا نصنعه على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمع العلماء ان الوقت المستحب لرمى جمرة العقبة هو من لدن طلوع
الشمس إلى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شئ عليه إلا مالكا فانه
قال استحب له ان يريق دما واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل او من الغد فقال مالك عايه
دم وقال أبو حنيفة ان رماها من الليل فلا شئ عليه وان اخرها الى الغد فعليه دم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا شئ عايه
إن أخرها إلى الليل أو إلى الغد وحجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لرعاة الابل في مثل ذلك أعنى ان يرموا ليلا وفي
حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يارسول الله رميت بعدما أمسيت قال له لاحرج وعمدة
مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ومن خالف سنة من سنن الحج
فعليه دم على ما روى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة انما ذلك إذا مضى يوم النحر
ورموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول ايام النفر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرموا فى
ذلك اليوم له ولليوم الذى بعده فان نفروا فقد فرغوا وان أقاموا إلى الغد رموا مع الناس يوم النفر الاخير ونفروا
ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين فى يوم واحد إلا أن مالكا انما يجمع عنده ما وجب مثل
ان يجمع في الثالث فيرمى عن الثانى والثالث لانه لا يقضى عنده الا ما وجب ورخص كثير من العلماء فى جمع
يومين فى يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذى اضيف الى غيره أو تاخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم رمى في حجته الجمرة يوم النحر ثم نحر بدنة ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الافاضة وأجمع العلماء على
ان هذا سنة الحج واختلفوا فيمن قدم من هذه ما اخره النبى عليه السلام او بالعكس فقال مالك من حلق قبل ان
يرمى جمرة العقبة فعليه الفدية وقال الشافعى وأحمد وداود وأبو ثور لا شئ عليه وعمدتهم مارواه مالك من حديث
عبدالله بن عمر انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسئلونه فجاءه رجل فقال يارسول
الله لم أشعر فحلقت قبل ان انحر فقال عليه السلام أنحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يارسول لم أشعر فنحرت قبل ان ارمى
فقال عليه السلام أرم ولا حرج قال فما سئل رسول الله صلي الله عليه وسلم يومئذ عن شئ قدم او اخر الا قال
أفعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم حكم علي من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع ان الحديث لم يذكر فيه
حلق الرأس قبل رمى الجمار وعند مالك ان من حاق قبل ان يذبح فلا شئ عليه وكذلك ان ذبح قبل ان يرمى وقال
أبو حنيفة ان حلق قبل ان ينحر او يرمى فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء دم للقران ودمان
للحلق قبل النحر وقبل الرمى وأجمعوا على ان من نحر قبل ان يرمى فلا شئ عليه لانه منصوص عليه الا ما روى
عن ابن عباس انه كان يقول من قدم من حجه شيئاً او أخره فليهرق دماً وانه من قدم الافاضة قبل الرمى والحلق انه
يلزمه اعادة الطواف وقال الشافعى ومن تابعه لا اعادة عليه وقال الاوزاعى اذا طاف للافاضة قبل ان يرمى جمرة
العقبة ثم واقع أهله أراق دماً واتفقوا على ان جملة مايرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جمرة العقبة

بسبع وان رمى هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من اسفلها اومن اعلاها اومن وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادى داخل لماجاء في حديث ابن مسعود انه استبطن الوادى ثم قال من هاهنا والذى لااله غيره رأيت الذى أنزلت عليه سورة البقرة يرمى وأجمعوا على انه يعيد الرمى اذا لم تقع الحصاة فى العقبة وانه يرمى فى كل يوم من ايام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة منها بسبع وانه يجوز ان يرمى منها يومين وينفر فى الثالث لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه وقدرها عندهم ان يكون فى مثل حصا الخذف لما روى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبى عليه السلام رمى الجمار بمثل حصى الخذف والسنة عندهم في رمى الجمرات كل يوم من أيام التشريق ان يرمى الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعوا وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرمى الثالثة ولا يقف لما روى في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك فى رميه والتكبير عندهم عند رمى كل جمرة حسن لانه يروى عنه عليه السلام وأجمعوا على أن من سنة رمى الجمار الثلاث فى ايام التشريق ان يكون ذلك بعد الزوال واختلفوا اذا رماها قبل الزوال فى أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال اعاد رميها بعد الزوال وروى عن أبي جعفر محمد بن على أنه قال رمى الجمار من طلوع الشمس الى غروبها وأجمعوا على ان من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لا يرميها بعد واختلفوا فى الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رمى الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعداً كان عليه لكل جمرة اطعام مسكين نصف صاع حنطة الي ان يبلغ دماً بترك الجميع الا الجمرة العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه فى الحصاة مد من طعام وفي حصاتين مدان وفى ثلاث دم وقال الثوري مثله الا انه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين فى الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئاً والحجة لهم حديث سعد بن ابي وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعب بعضنا على بعض وقال اهل الظاهر لاشئ فى ذلك والجمهور على ان جمرة العقبة ليست من اركان الحج وقال عبد المالك من أصحاب مالك هى من اركان الحج والتحلل تحللان تحلل اكبر وهو طواف الافاضة وتحلل اصغر وهو رمى جمرة العقبة وسنذكر مافى هذا من اختلاف فهذه هى جملة افعال الحج من حين الاحرام الى أن يحل

القول فى الجنس الثالث

وهو الذى يتضمن القول في الاحكام وقدنبنى القول في حكم الاختلالات التى تقع فى الحج وأعظمها فى حكم من شرع في الحج فمنعه بمرض أو بعدو أو فاته وقت الفعل الذى هو شرط فى صحة الحج اوافسد حجه باتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج والافعال التى هى تروك او افعال فلنبتدئ من هذه بما هو نص فى الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق راسه قبل محل الحلق والقائه التفث قبل ان يحل وقد يدخل فى هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على القول بان وجوب الهدى فى هذه هو لمكان الرخصة

القول فى الاحصار

واما الاحصار فالاصل فيه قوله سبحانه فان احصرتم فما استيسر من الهدى الى قوله فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي فنقول اختلف العلماء فى هذه الآية اختلافا كثيراً وهو السبب فى اختلافهم فى حكم المحصر بمرض او بعدو فاول اختلافهم فى هذه الآية هل المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو او المحصر بالمرض فقال قوم المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو وقال آخرون بل المحصر هاهنا هو المحصر بالمرض فاما من قال ان المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا

بقوله تعالى بعد ذلك فمن كان منكم مريضاً او به اذى من رأسه قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر
المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا ايضاً بقوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج وهذه حجة ظاهرة
ومن قال ان الآية انما وردت فى المحصر بالمرض فانه زعم ان المحصر هو من احصر ولا يقال احصر فى العدو
وانما يقال حصره العدو واحصره المرض قالوا وانما ذكر المرض بعد ذلك لان المرض صنفان صنف محصر وصنف
غير محصر وقالوا معنى قوله فاذا امنتم معناه من المرض وأما الفريق الاول فقالوا عكس هذا وهو ان افعل ابداً
وفعل فى الشئ الواحد انما ياتى لمعنيين اما فعل فاذا اوقع بغيره فعلا من الافعال واما افعل فاذا عرضه لوقوع
ذلك الفعل به يقال قتله اذا فعل به فعل القتل واقتله اذا عرضه للقتل واذا كان هذا هكذا فاحصر احق بالعدو
وحصر احق بالمرض لان العدو انما عرض للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الامن الا
فى ارتفاع الخوف من العدو وان قيل في المرض فباستعارة ولا يصار الى الاستعارة الا لامر يوجب الخروج عن
الحقيقة وكذلك ذكر حكم المريض بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي
والمذهب الثانى مذهب مالك وأبي حنيفة وقال قوم بل المحصر هاهنا الممنوع من الحج باى نوع امتنع
اما بمرض او بعدو او بخطا في العدد او بغير ذلك وجمهور العلماء على أن المحصر عن الحج ضربان إما
محصر بمرض وإما محصر بعدو فاما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته او حجه
حيث احصر وقال الثورى والحسن بن صالح لا يتحلل الا فى يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث احصر
اختلفوا فى ايجاب الهدى عليه وفى موضع نحره اذا قيل بوجوبه وفي اعادة ما حصر عنه من حج او عمرة فذهب مالك
الى انه لا يجب عليه هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب الشافعى الى ايجاب الهدى عليه وبه قال
اشهب واشترط ابو حنيفة ذبحه فى الحرم وقال الشافعى حيث ما حل وأما الاعادة فان مالكا يري الاعادة عليه وقال
قوم عليه الاعادة وذهب ابو حنيفة الى انه ان كان احرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج وعمرتان
وان كان معتمراً قضى عمرته وليس عليه عند ابى حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واختار ابو يوسف تقصيره وعمدة
مالك في ان لا اعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو واصحابه بالحديبية فنحروا الهدى وحلقوا
رءوسهم وحلوا من كل شئ قبل ان يطوفوا بالبيت وقبل ان يصل اليه الهدى ثم لم يعلم ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم امر احداً من الصحابة ولا ممن كان معه ان يقضى شيئاً ولا ان يعود لشئ وعمدة من اوجب عليه الاعادة ان
رسول الله صلي عليه وسلم اعتمر في العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك ما قيل لها عمرة القضاء
واجماعهم ايضاً على ان المحصر بمرض او ما اشبهه عليه القضاء * فسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم اولم يقض وهل يثبت القضاء بالقياس ام لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بامر ثان غير امر
الاداء وأما من اوجب عليه الهدى فبناء على ان الآية وردت فى المحصر بالعدو او على انها عامة لان الهدى فيها نص
وقد احتج هؤلاء بنحر النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه الهدى عام الحديبية حين احصروا واجاب الفريق الاخر ان
ذلك الهدى لم يكن هدى بحلل وانما كان هديا سيق ابتداء وحجة هؤلاء ان الاصل هو ان لا هدى عليه الا ان
يقوم الدليل عليه وأما اختلافهم في مكان الهدى عند من اوجبه والاصل فيه اختلافهم فى موضع نحر رسول الله صلى
الله عليه وسلم هديه عام الحديبية فقال ابن اسحاق نحره فى الحرم وقال غيره انما نحره فى الحل واحتج بقوله تعالى

هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفاً ان يبلغ محله وانما ذهب ابو حنيفة الى ان من احصر عن الحج ان عليه حجاً وعمرة لان المحصر قد فسخ الحج فى عمرته ولم يتم واحد منهما فهذا هو حكم المحصر بعدو عند الفقهاء وأما المحصر بمرض فان مذهب الشافعى واهل الحجاز انه لايحله الا الطواف بالبيت والسعى ما بين الصفا والمروة وانه بالجملة يتحلل بعمرة لانه اذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمرة وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك اهل العراق فقالوا يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعدو أعنى ان يرسل هديه ويقدر يوم نحره ويحل فى تلك اليوم وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمرو الانصارى قال سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول من كسر اوعرج فقد حل وعليه حجة اخرى وباجماعهم على أن المحصر بعدو ليس من شرط احلاله الطواف بالبيت والجمهور على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال ابو ثور وداود لا هدى عليه اعتماداً على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى ان الآية الواردة فى المحصر هو حصر العدو وأجمعوا على ايجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطا من العدد فى الايام اوبخفاء الهلال عليه اوغير ذلك من الاعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال ابو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحلل بعمرة ولاهدى عليه وعليه اعادة الحج والمكى المحصر بمرض عند مالك كغير المكى يحل بعمرة وعليه الهدى واعادة الحج وقال الزهرى لابد ان يقف بعمرة وان نعش نعشاً واصل مذهب مالك ان المحصر بمرض ان يبقى على احرامه الى العام المقبل حتي يحج حجة القضاء فلاهدى عليه فان تحلل بعمرة فعليه هدى المحصر لانه حلق رأسه قبل ان ينحر فى حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه خطاب للمحصر وجب عليه ان يعتقد علي ظاهر الآية أن عليه هدين هديا لحلقه عند التحلل قبل نحره فى حجة القضاء وهديا لتمتعه بالعمرة الى الحج وان حل في اشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث وهو هدى المتمتع الذى هو احد انواع نسك الحج وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر انما عليه هدى واحد وكان يقول إن الهدى الذى فى قوله سبحانه فان احصرتم فما استيسر من الهدى هو بعينه الهدى الذى في قوله فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى وفيه بعد فى التاويل والاظهر ان قوله سبحانه فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه فى غير المحصر بل هو فى التمتع الحقيقى فكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعتم بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ويدل على هذا التاويل قوله سبحانه ذلك لمن لم يكن اهله حاضرى المسجد الحرام والمحصر يستوى فيه حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع وقد قلنا فى احكام المحصر الذى نص الله عليه فلننقل في احكام القاتل للصيد

﴿القول في احكام جزاء الصيد﴾ فنقول ان المسلمين اجمعوا على أن قوله يا أيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة اوكفارة طعام مساكين اوعدل ذلك صياماً يعنى آية محكمة .واختلفوا في تفاصيل احكامها وفيما يقاس على مفهومها ممالايقاس عليه فمنها انهم اختلفوا هل الواجب فى قتل الصيد قيمته اومثله فذهب الجمهور الى ان الواجب المثل وذهب ابو حنيفة الى انه مخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين ان يشترى بها المثل ومنها انهم اختلفوا فى استيناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم ان من قتل نعامة فعليه بدنة تشبيهاً بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه انسية فقال مالك يستانف فى كل ماوقع من ذلك الحكم به

وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى ان اجتزأ بحكم الصحابة مما حكموا فيه جاز ومنها هل الآية على التخيير او على الترتيب فقال مالك هى على التخيير وبه قال ابو حنيفة يريدان الحكمين يخيران الذى عليه الجزاء وقال زفر هي على الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد او المثل اذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب فيشرى بقيمته طعاماً فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي يقوم المثل ولم يختلفوا فى تقدير الصيام بالطعام بالجملة وان كانوا اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم لكل مد يوماً وهو الذى يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعى واهل الحجاز وقال اهل الكوفة يصوم لكل مدين يوماً وهو القدر الذي يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا فى قتل الصيد خطا هل فيه جزاء ام لا فالجمهور على أن فيه الجزاء وقال اهل الظاهر لاجزاء عليه .واختلفوا فى الجماعة يشتركون في قتل الصيد فقال مالك اذا قتل جماعة محرمون صيداً فعلى كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال الثورى وجماعة وقال الشافعى عليهم جزاء واحد وفرق ابو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه فى الحرم فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد واختلفوا هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك الي انه لايجوز وقال الشافعى يجوز واختلف اصحاب ابي حنيفة على القولين جميعاً .واختلفوا فى موضع الاطعام فقال مالك في الموضع الذى اصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والا فى اقرب المواضع الى ذلك الموضع وقال ابو حنيفة حيث ما اطعم وقال الشافعى لايطعم الامساكين مكة وأجمع العلماء على أن المحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء للنص فى ذلك واختلفوا فى الحلال يقتل الصيد فى الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال داود واصحابه لاجزاء عليه ولم يختلف المسلمون فى تحريم قتل الصيد فى الحرم وانما اختلفوا فى الكفارة وذلك لقوله سبحانه اولم يروا انا جعلنا حرماً آمناً وقول رسول الله صلى الله عليه سلم إن الله حرم مكة يوم خلق السماوات وجمهور فقهاء الامصار على أن المحرم اذا قتل الصيد واكله انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هى مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية وأما الاسباب التى دعتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها { فنقـــــــول } أما من اشترط فى وجوب الجزاء ان يكون القتل عمداً فحجته ان اشتراط ذلك نص فى الآية وأيضاً فان العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب ما وأما من اوجب الجزاء مع النسيان فلاحجة له الا ان يشبه الجزاء عند اتلاف الصيد باتلاف الاموال فان الاموال عند الجمهور تضمن خطئاً ونسيانا لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد فى وجوب الجزاء فقد اجاب بعضهم عن هذا أى العمد انما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه فى قوله ذلك ليذوق وبال امره وذلك لامعنى له لان الوبال المذوق هو فى انعدامه فسواء قتله مخطئاً اومتعمداً قد ذاق الوبال ولاخلاف أن الناسى غير معاقب واكثر ماتلزم هذه الحجة لمن كان من اصله أن الكفارات لاتثبت بالقياس فانه لادليل لمن اثبتها على الناسى الا القياس * وأما اختلافهم فى المثل هل هو الشبيه اوفى القيمة فان سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذى هو مثل وعلى الذى هو مثل فى القيمة لكن حجة من رآ أن الشبيه اقوى من جهة دلالة اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على الشبيه في لسان العرب اظهر وأشهر منه على المثل فى القيمة لكن لمن حمل هاهنا المثل على القيمة دلائل حركته الى اعتقاد ذلك .أحدها أن المثل الذى هو العدل هو منصوص عليه فى الاطعام والصيام وايضاً فان المثل اذا حمل هاهنا على التعديل كان عاماً في جميع الصيد فان من الصيد مالا يلفى له شبيه وأيضاً فان المثل فيما لايوجد له شبيه هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد فى الحقيقة شبيه إلا من جنسه وقد نص ان المثل

الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب ان يكون مثلا في التعديل والقيمة وايضاً فان الحكم في الشبيه قد فرغ منه فاما الحكم بالتعديل فهو شئ يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الي الحاكمين المنصوص عليهما وعلى هذا ياتي التقدير في الآية بمشابه فكانه قال ومن قتله منكم متعمداً فعليه قيمة ماقتل من النعم اوعدل القيمة طعاماً اوعدل ذلك صياماً وأما اختلافهم هل المقدر هو الصيد اومثله من النعم اذاقدر بالطعام فمن قال المقدر هو الصيد قال لانه الذى لمالم يوجد مثله رجع الى تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم قال لان الشئ انما تقدر قيمته اذاعدم بتقدير مثله أعني شبيهه وأمامن قال إن الآية على التخيير فانه التفت الى حرف اواذ كان مقتضاها في لسان العرب التخيير وأمامن نظر الي ترتيب الكفارات في ذلك فشبهها بالكفارات التى فيها الترتيب باتفاق وهي كفارة الظهار والقتل وأما اختلافهم في هل يستانف الحكم في الصيد الواحد الذى قدوقع الحكم فيه من الصحابة فالسبب في اختلافهم هو هل الحكم شرعى غير معقول المعنى أم هذا معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ما قدحكم فيه فليس يوجد شئ اشبه به منه مثل النعامة فانه لايوجد اشبه بها من البدنة فلامعنى لاعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولابد منه وبه قال مالك وأما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فسببه هل الجزاء موجبه هو التعدى فقط اوالتعدى على جملة الصيد فمن قال عليهم جزاء واحد وهذه المسئلة شبيهة بالقصاص في النصاب في السرقة وفي القصاص في الاعضاء وفي الانفس وستاتي في مواضعها من هذا الكتاب ان شاء الله ، وتفريق ابي حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين في الحرم على جهة التغليظ على المحرمين ومن اوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فانما نظر الى سد الذرائع فانه لوسقط عنهم الجزاء جملة لكان من اراد ان يصيد في الحرم صاد في جماعة واذاقلنا إن الجزاء هو كفارة للاثم فيشبه انه لايتبعض اثم قتل الصيد بالاشتراك فيه فيجب الا يتبعض الجزاء يجب على كل واحد كفارة وأما اختلافهم في هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد * فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلى في الشرع وذلك انهم يشترطوا في الحكمين الا العدالة يجب على ظاهر هذا ان يجوز الحكم ممن يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد اوغير قاتل وأما مفهوم المعني الاصلي في الشرع فهو أن المحكوم عليه لايكون حاكماً على نفسه وأما اختلافهم في الموضع فشبيه الاطلاق أعني انه لم يشترط فيه موضع فمن شبهه بالزكاة في انه حق للمساكين فقال لاينقل من موضعه وأمامن رآ ان المقصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لايطعم الامساكين مكة ومن اعتمد ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء وأما اختلافهم في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه كفارة املا فسببه هل يقاس في الكفارات عند من يقول بالقياس او هل القياس اصل من اصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فاهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد في الحرم على المحرم لمنعهم القياس في الشرع ويجيء على اصل ابي حنيفة ان يمنعه كمنعه القياس في الكفارات ولاخلاف بينهم في تعلق الاثم به لقوله سبحانه اولم يروا اناجعلنا حرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم مكة يوم خلق السماوات والارض وأما اختلافهم فيمن قتله ثم اكله هل عليه جزاء واحد ام جزا آن فسببه هل اكله تعد ثان عليه سوى تعدى القتل ام لاوان كان تعديا فهل هو مساو للتعدى الاول ام لا وذلك انهم اتفقوا على انه ان اكل اثم ولما كان النظر في كفارة الجزاء يشتمل على اربعة اركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من تجب عليه ومعرفة الفعل الذى لاجله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام في اكثر هذه الاجناس وبقي من ذلك امران أحدهما اختلاف

في

فى بعض الواجبات من الامثال فى بعض المصيدات . والثانى ماهو صيد مما ليس بصيد يجب ان ينظر فيما بقى علينا
من ذلك * فمن اصول هذا الباب ماروى عن عمر بن الخطاب انه قضى فى الضبع بكبش وفى الغزال بعنز وفى الارنب
بعناق وفى اليربوع بجفرة واليربوع دويبة لها اربع قوائم وذنب تجير كتجير الشاة وهى من ذوات الكروش والعنز
عند اهل العلم من المعز ماقد ولد او ولد مثله والجفرة والعناق من المعز فالجفرة ما اكل واستغنى عن الرضاع والعناق
قيل فوق الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال فى الارنب واليربوع لايقومان الابما يجوز
هديا واضحية وذلك الجذع فمافوقه من الضأن والثنى فما فوقه من الابل والبقر وحجة مالك قوله تعالى هديا بالغ
الكعبة ولم يختلفوا ان من جعل على نفسه هديا انه لايجزيه اقل من الجذع فما فوقه من الضأن والثنى مما سواه وفى
صغار الصيد عند مالك مثل ما في كباره وقال الشافعى يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار
منها بالكفارات وهو مروى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وحجته انها حقيقة المثل فعنده فى النعامة الكبيرة
بدنة وفى الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على اصله فى القيمة واختلفوا من هذا الباب فى حمام مكة وغيرها فقال مالك
فى حمام مكة شاة وفى حمام الحل حكومة واختلف قول ابن القاسم فى حمام الحرم غير مكة فقال مالك مرة شاة كحمام
مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعى فى كل حمام شاة وفى حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شئ
لامثل له من الصيد فلاجزاء فيه الا الحمام فان فيه شاة ولعله ظن ذلك اجماعا فانه روى عن عمر بن الخطاب ولامخالف
له من الصحابة وروى عن عطاء انه قال فى كل شئ من الطير شاة واختلفوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال مالك
أرى فى بيض النعامة عشر ثمن البدنة وابو حنيفة على اصله فى القيمة ووافقه الشافعى فى هذه المسئلة وبه قال ابو ثور
وقال ابو حنيفة ان كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أعنى جزاء النعامة واشترط ابو ثور فى ذلك ان يخرج حيا ثم يموت
وروي عن على انه قضى فى بيض النعامة بان يرسل الفحل على الابل فاذا تبين لقاحها سميت ما اصيب من البيض
فقال بهذا هدى ثم ليس عليك ضمان مافسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول قول على والا ففى كل بيضة
درهمان قال ابو عمر وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبى عليه السلام فى بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه
من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود ان فيه القيمة قال وفيه اثر ضعيف واكثر العلماء على أن الجراد من
صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء واختلفوا فى الواجب من ذلك فقال عمر رضى الله عنه قبضة من طعام وبه قال
مالك وقال ابو حنيفة واصحابه تمرة خير من جرادة وقال الشافعى فى الجزاء قيمته وبه قال ابو ثور الا انه قال كل ما
يصدق به من حفنة طعام او تمرة فهو له قيمة روى عن ابن عباس ان فيها تمرة مثل قول ابى حنيفة وقال ربيعة
فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عن ابن عمر ان فيها شويهة وهو ايضاً شاذ فهذه هى مشهورات ما اتفقوا
على الجزاء فيه ، واختلفوا فيما الجزاء فيه . وأما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر
مما ليس منه فانهم اتفقوا على أن صيد البر محرم على المحرم الا الخمس فواسق المنصوص عليها . واختلفوا فيما
يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم ، واختلفوا فيما هو من صيد البحر
مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم
حرماً ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسين وما اختلفوا فيه ﴿ فنقول ﴾ ثلاث من حديث
ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح فى قتلهن الغراب

والحدأة والعقرب والفارة والكلب العقور . واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول باباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وان كان بعضهم اشترط فى ذلك اوصافا ما . واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص اومن باب الخاص اريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص اريد به العام اختلفوا فى أى عام اريد بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد فى الحديث اشارة الى كل سبع عاد وأن ما ليس بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم ير قتل صغارها التى لا تعدوا ولا ما كان منها ايضاً لا يعدوا ولا خلاف بينهم فى قتل الحية والافعى والاسود مروى عن النبى عليه السلام من حديث أبي سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتل الافعى والاسود وقال مالك لا أرى قتل الوزغ والاخبار بقتلها متواترة لكن مطلقاً لا فى الحرم ولذلك توقف فيها مالك فى الحرم وقال أبو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسى والذيب وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع وقال الشافعى كل محرم الاكل فهو فى معنى الخمس وعمدة الشافعى انه انما حرم على المحرم ما احل للحلال وأن المباحة الاكل لا يجوز قتلها باجماع لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذيب وحشى . واختلفوا فى الزنبور فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم رآ انه اضعف نكاية من العقرب وبالجملة فالمنصوص عليها يتضمن انواعها من الفساد فمن رآ انه من باب الخاص اريد به العام الحق بواحد واحد منها ما يشبهه ان كان له شبه ومن لم ير ذلك قصر النهى على المنطوق به وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع فخصصت عموم الاسم الوارد في الحديث الثابت لما روى عن عائشة انه عليه السلام قال خمس يقتلن في الحرم فذكر فيهن الغراب الابقع وشذ النخعي فمنع المحرم قتل الصيد المحرم الا الفارة . وأما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه فانهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدى السمك وذلك بناء منهم على ما كان منه يحتاج الى ذكاة ان كان حلالا على ما هو منه حلال مما ليس بحلال وذلك انهم اتفقوا على أن من كان منه يحتاج الى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر من ذلك ما كان محرماً ولا خلاف بين من يحل جميع ما في البحر فى أن صيده حلال وإنما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش في البر وفى الماء باى الحكمين يلحق وقياس قول اكثر العلماء انه يلحق بالذى عيشه فيه غالباً وهو حيث يولد والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء انه قال في طير الماء حيث يكون اغلب عيشه يحكم له بحكمه ، واختلفوا فى نبات الحرم هل فيه جزاء ام لا فقال مالك لا جزاء فيه وإنما فيه الاثم فقط للنهي الوارد في ذلك وقال الشافعى فيه الجزاء فى الدوحة بقرة وفيما دونها شاة وقال أبو حنيفة كل ما كان من غرس الانسان فلا شئ فيه وكل ما كان نابتاً بطبعه ففيه قيمة * وسبب الخلاف هل يقاس النبات فى هذا على الحيوان لاجتماعهما فى النهى عن ذلك في قوله عليه السلام لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها فهذا هو القول فى مشهور مسائل هذا الجنس فانتقل فى حكم الحالق رأسه قبل محل الحلق

﴿ القول فى فدية الاذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق ﴾

وأما فدية الاذى فمجمع ايضاً عليها لورود الكتاب بذلك والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من رأسه ففدية من صيام اوصدقة او نسك ، وأما السنة فحديث كعب بن عجرة الثابت انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فاذاه القمل فى رأسه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحلق رأسه وقال له صم ثلاثة ايام اواطعم ستة مساكين مدين لكل انسان اوانسك بشاة أى ذلك فعلت اجزأ عنك والكلام فى هذه الآية

على من تجب الفدية وعلى من لاتجب وإذا وجبت فما هي الفدية الواجبة وفى أى شئ تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب وأين تجب ، فاما على من تجب الفدية فان العلماء اجمعوا على انها واجبة على كل من اماط الاذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلفوا فيمن اماطه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها وقال الشافعي وأبو حنيفة ان حلق دون ضرورة فانما عليه دم فقط واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية باماطة الاذى ان يكون متعمداً اوالناسى فى ذلك والمتعمد سواء فقال مالك العامد في ذلك والناسى واحد وهو قول ابى حنيفة والثورى والليث وقال الشافعي في احد قوليه وأهل الظاهر لافدية على الناسى فمن اشترط فى وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن اوجب ذلك على غير المضطر فحجته انه اذا وجبت على المضطر فهى على غير المضطر اوجب ومن فرق بين العامد والناسى فلتفريق الشرع في ذلك بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم ولعموم قوله عليه السلام رفع عن امتى الخطا والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياساً على كثير من العبادات التى لم يفرق الشرع فيها بين الخطا والنسيان ، وأما ما يجب فى فدية الاذى فان العلماء اجمعوا على انها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة اونسك والجمهور على أن الاطعام هو لستة مساكين وأن النسك اقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع انهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة ايام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت . وأما من قال الصيام عشرة ايام فقياساً على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما ورد ايضاً فى جزاء الصيد في قوله سبحانه اوعدل ذلك صياماً ، وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التى ورد فيهم النص فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك لاختلاف الآثار فى الاطعام في الكفارات فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة واصحابهم الاطعام فى ذلك مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثورى انه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى ايضاً عن ابي حنيفة مثله وهو اصله فى الكفارات . وأما ماتجب فيه الفدية فاتفقوا على انها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض اوحيوان يوذيه في رأسه قال ابن عباس المرض ان يكون برأسه قروح والاذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والاذى القمل وغيره والجمهور على ان كل ما منعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الاظفار انه اذا استباحه فعليه الفدية أى دم على اختلاف بينهم فى ذلك اواطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره في هذه الاشياء وكذلك استعمال الطيب وقال قوم ليس فى قص الاظفار شئ وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر ان منع المحرم قص الاظفار اجماع واختلفوا فيمن اخذ بعض اظفاره فقال الشافعي وأبو ثور ان اخذ ظفراً واحداً اطعم مسكيناً واحداً وان اخذ ظفرين اطعم مسكينين وإن اخذ ثلاثا فعليه دم في مقام واحد وقال ابو حنيفة فى احد اقواله لاشئ عليه حتى يقصها كلها وقال ابو محمد بن حزم يقص المحرم اظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده الافدية الا من حلق الرأس فقط للعذر الذى ورد فيه النص وأجمعوا على منع حلق شعر الرأس . واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على أن فيه الفدية وقال داود لا فدية فيه واختلفوا فيمن نتف من رأسه الشعرة والشعرتين اومن لحيته فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شئ الا ان يكون اماط به اذى فعليه الفدية وقال الحسن في الشعرة مد وفي الشعرتين مدين وفى الثلاثة دم وبه قال الشافعي وابو ثور وقال عبدالملك صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر فدية فمن فهم منع المحرم حلق الشعر انه عبادة

سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والدين والاستراحة التي في حلقه فرق بين القليل والكثير لان القليل ليس في ازالته زوال اذى أماموضع الفدية فاختلفوا فيه فقال مالك يفعل من ذلك ماشاء أين شاء بمكة وبغيرها وان شاء ببلده وسواء عنده في ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذي عند مالك هاهنا هو نسك وليس بهدى. فان الهدى لا يكون الا بمكة او بمنى وقال ابو حنيفة والشافعي الدم والاطعام لا يجزيان الا بمكة والصوم حيث شاء وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام فحيث شاء وعن ابي حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعي ان دم الاطعام لا يجزى الا المساكين الحرم * وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فمن قاسه على الهدى اوجب فيه شروط الهدى من الذبح في المكان المخصوص به وفي مساكين الحرم وان كان مالك يري ان الهدى يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم والذى يجمع النسك والهدى هو ان المقصود بهما منفعة المساكين المجاورين لبيت الله والمخالف يقول ان الشرع لما فرق بين اسمهما فسمى احدهما نسكا وسمى الاخر هديا وجب ان يكون حكمهما مختلفاً ، وأما الوقت فالجمهور على أن هذه الكفارة لا تكون الا بعد اماطة الاذى ولا يبعد ان يدخله الخلاف قياساً على كفارة الايمان فهذا هو القول في كفارة اماطة الاذى . واختلفوا في حلق الرأس أهل هو من مناسك الحج اوهو مما يتحلل به منه ولا خلاف بين الجمهور في انه من اعمال الحج وأن الحلاق افضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال والمقصرين وأجمع العلماء على أن النساء لا يحلقن وان سنتهن التقصير واختلفوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر اولا فقال مالك الحلاق نسك للحاج وللمعتمر وهو افضل من التقصير ويجب على كل من فاته الحج واحصر بعدو اومرض اوبعذر وهو قول جماعة الفقهاء الا في المحصر بعدو فان ابا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فمن جعل الحلاق اوالتقصير نسكا اوجب في تركه الدم ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيئاً

﴿القـــــــول في كفارة المتمتع﴾ وأما كفارة المتمتع التى نص الله عليها في قوله سبحانه فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى الآية فانه لا خلاف في وجوبها وانما الخلاف في المتمتع من هو وقد تقدم مافي ذلك من الخلاف والقول في هذه الكفارة ايضاً يرجع الى تلك الاجناس باعينها على من تجب وما الواجب فيها ومتى تجب ولمن تجب وفي أي مكان تجب ، فاما على من تجب فعلى المتمتع باتفاق وقد تقدم الخلاف في المتمتع من هو وأما اختلافهم في الواجب فان الجمهور من العلماء على ان ما استيسر من الهدى هو شاة واحتج مالك في ان اسم الهدى قد ينطلق على الشاة في قوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع انه قد يجب في جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر الى ان اسم الهدى لا ينطلق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى أي بقرة ادون من بقرة وبدنة ادون من بدنة وأجمعوا ان هذه الكفارة على الترتيب وان من لم يجد الهدى فعليه الصيام . واختلفوا في حد الزمان الذي ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى الى الصيام فقال مالك اذا شرع في الصوم فقد انتقل في واجبه الى الصوم وان وجد الهدى في أثناء الصوم وقال ابو حنيفة ان وجد الهدى في صوم الثلاثة الايام لزمه وان وجده في صوم السبعة لم يلزمه وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم * وسبب الخلاف هو هل ماهو شرط في ابتداء العبادة هو شرط في استمرارها وإنما فرق

ابوحنيفة بين الثلاثة والسبعة لان الثلاثة الايام هي عنده بدل من الهدى والسبعة ليست ببدل وأجمعوا على انه اذا صام الثلاثة الايام فى العشر الاول من ذى الحجة انه قد أتى بها فى محلها لقوله سبحانه فصيام ثلاثة ايام في الحج ولا خلاف ان العشر الاول من ايام الحج واختلفوا فى من صامها في ايام عمل العمرة قبل ان يهل بها فى الحج اوصامها فى ايام منى فاجاز مالك صيامها فى أيام منى ومنعه أبو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب الهدى فى ذمته ومنعه مالك قبل الشروع فى عمل الحج وأجازه أبو حنيفة *وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الايام المختلف فيها أم لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة الاتجزى الا بعد وقوع موجبها فمن قال لاتجزى كفارة الا بعد وقوع موجبها قال لايجزى الصوم الا بعد الشروع في الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزى واتفقوا أنه اذا صام السبعة الايام فى أهله أجازه واختلفوا اذا صامها فى الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال الشافعى لايجزى *وسبب الخلاف الاحتمال الذي فى قوله سبحانه اذا رجعتم فان اسم الراجع ينطلق على من فرغ من الرجوع وعلى من هو فى الرجوع نفسه فهذه هى الكفارة التى تثبت بالسمع وهى من المتفق عليها ولا خلاف ان من فاته الحج بعد ان شرع فيه اما بفوات ركن من اركانه واما من قبل غلطه فى الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو اتيانه فى الحج فعلا مفسدا له فان عليه القضاء اذا كان حجا واجبا وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وان كان تطوعا فهل عليه قضاء أم لا الخلاف فى ذلك كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكون النقصان الداخل عليه مشعرا بوجوب الهدى وشذ قوم فقالوا لا هدى اصلا ولا قضاء الا ان يكون في حج واجب ومما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون سائر العبادات انه يمضى فيه المفسد له ولا يقطعه وعليه دم وشذ قوم فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله فالجمهور عمموا والمخالفون خصصوا قياسا على غيرها من العبادات اذا وردت عليها المفسدات واتفقوا على ان المفسد للحج اما من الافعال المأمور بها فترك الاركان التى هى شرط فى صحته على اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن واما من التروك المنهى عنها فالجماع وان كان اختلفوا فى الوقت الذى اذا وقع فيه الجماع كان مفسدا للحج فاما اجماعهم على افساد الجماع للحج فلقوله سبحانه فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج واتفقوا على ان من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد افسد حجه وكذلك من وطئ من المعتمرين قبل ان يطوف ويسعى واختلفوا فى فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمى جمرة العقبة وبعد رمى الجمرة وقبل طواف الافاضة الذى هو الواجب فقال مالك والشافعى من وطئ قبل رمى جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدى والقضاء وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى عليه الهدى بدنة وحجه تام وقد روى مثل هذا عن مالك وقال مالك من وطئ بعد رمى جمرة العقبة وقبل طواف الافاضة فحجه تام وبقول مالك في ان الوطء قبل طواف الافاضة لا يفسد الحج قال الجمهور يلزمه عندهم الهدى وقالت طائفة من وطئ قبل طواف الافاضة فسد حجه وهو قول ابن عمر *وسبب الخلاف ان للحج تحللا يشبه السلام فى الصلاة وهو التحلل الاكبر وهو الافاضة وتحللا أصغر وهل يشترط فى إباحة الجماع التحللان أو أحدهما ولا خلاف بينهم ان التحلل الاصغر الذى هو رمى الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شئ حرم عليه بالحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل له كل شئ إلا النساء والطيب وقيل عنه إلا النساء والطيب والصيد لان الظاهر من قوله وإذا حللتم فاصطادوا انه التحلل الاكبر واتفقوا أيضا على ان المعتمر يحل من عمرته إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا

والمروة وان لم يكن حلق ولا قصر لثبوت الاثار فى ذلك الا خلافا شاذاً وروى عن ابن عباس انه يحل بالطواف وقال أبو حنيفة لا يحل إلا بعد الحلاق وان جامع قبله أفسدت عمرته واختلفوا فى صفة الجماع الذي يفسد الحج وفي مقدماته فالجمهور على ان التقاء الختانين يفسد الحج ويحتمل من يشترط فى وجوب الطهر الانزال مع التقاء الختانين ان يشترطه في الحج واختلفوا في إنزال الماء فى ما دون الفرج فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج إلا الانزال في الفرج وقال الشافعى مايوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد الحج وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعي فيمن جامع دون الفرج ان يهدى واختلفوا فيمن وطئ مراراً فقال مالك ليس عليه إلا هدى واحد وقال أبو حنيفة ان كرر الوطء فى مجلس واحد كان عليه هدي واحد وإن كرره فى مجالس كان عليه لكل وطء هدى وقال محمد بن الحسن يجزيه هدى واحد وان كرر الوطء مالم يهد لوطئه الاول وعن الشافعى الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه مثل قول مالك واختلفوا فيمن وطئ ناسياً فسوى مالك فى ذلك بين العمد والنسيان وقال الشافعى فى الجديد لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة هدى فقال مالك ان طاوعته فعليها هدى وان اكرهها فعليه هديان وقال الشافعي ليس عليه إلا هدى واحد كقوله في المجامع في رمضان وجمهور العلماء على انهما اذا حجا من قابل تفرقا أعنى الرجل والمرأة وقيل لا يفترقان والقول بان لا يفترقان مروى عن بعض الصحابة والتابعين وبه قال أبو حنيفة واختلف قول مالك والشافعى من اين يفترقان فقال الشافعى يفترقان من حيث افسدا الحج وقال مالك يفترقان من حيث احرما الا ان يكونا احرما قبل الميقات فمن أخرهما بالافتراق فسداً للذريعة وعقوبة ومن لم يؤخرهما جريا على الاصل وانه لا يثبت حكم فى هذا الباب الا بسماع واختلفوا فى الهدى الواجب في الجماع ماهو فقال مالك وأبو حنيفة هو شاة وقال الشافعي لا تجزى الا بدنة وان لم يجد قومت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاماً فان لم يجد صام عن كل مد يوماً قال والاطعام والهدى لا يجزي الا بمكة أو بمنى والصوم حيث شاء وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطئ أو حلق شعرا واحصار فان صاحبه ان لم يجد الهدى صام ثلاثة ايام فى الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبه الدم اللازم هاهنا بدم المتمتع والشافعي شبهه بالدم الواجب في الفدية والاطعام عند مالك لا يكون الا فى كفارة الصيد وكفارة ازالة الاذى والشافعي يرى ان الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم فى الموضعين ولم يقع بدلهما الا فى موضع واحد فقاس المسكوت عنه على المنطوق به فى الاطعام اولا فهذا مايخص الفساد بالجماع واما الفساد بفوت الوقت وهو ان يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفة فان العلماء أجمعوا ان من هذه صفته لا يخرج من احرامه الا بالطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة أعنى انه يحل ولا بد بعمرة وان عليه حج قابل واختلفوا هل عليه هدي أم لا فقال مالك والشافعى وأحمد والثورى وابو ثور عليه الهدى وعمدتهم اجماعهم على ان من حبسه مرض حتى فاته الحج ان عليه الهدى وقال أبو حنيفة يتحلل بعمرة ويحج من قابل ولا هدى عليه وحجة الكوفيين ان الاصل فى الهدى انما هو بدل من القضاء فاذا كان القضاء فلا هدى الا ما خصصه الاجماع واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارنا هل يقضى حجاً مفرداً او مقرونا بعمرة فذهب مالك والشافعى الى انه يقضى قارناً لانه يقضى مثل الذى عليه وقال ابو حنيفة ليس عليه الا الافراد لانه قد طاف لعمرته فليس يقضى الا ما فاته وجمهور العلماء على ان من فاته الحج انه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك الا انه اجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج ان يتحلل بعمرة وأصل اختلافهم فى هذه المسئلة اختلافهم فيمن احرم

بالحج

بالحج فى غير اشهر الحج فمن لم يجعله محرما لم يجز للذى فاته الحج ان يبقي محرما الى عام آخر ومن اجاز الاحرام في غير ايام الحج اجازله البقاء محرما قال القاضى فقد قلنا فى الكفارات الواجبة بالنص فى الحج وفى صفة القضاء في الحج الثابت الفائت والفاسد وفى صفة احلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك فى الكفارات المنصوص عليها وما الحق الفقهاء بذلك من كفارة المفسد حجه وبقي ان نقول فى الكفارات التى اختلفوا فيها فى ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه

﴿القول في الكفارات المسكوت عنها﴾

فنقول ان الجمهور اتفقوا على ان النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغب فيه فالذى هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص اصله المتمتع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من فاته من نسكه شئ فعليه دم واما الذى هو نفل فلم يروا فيه دما ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيراً فى ترك نسك نسك هل فيه دم ام لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة اونفل واما ما كان فرضاً فلا خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم وانما يختلفون في الفعل الواحد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض ام لا واما اهل الظاهر فانهم لا يرون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة فى العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من التروك مسنونا ففعل فيه فدية الاذى وما كان مرغباً فيه فليس فيه شئ واختلفوا فى ترك فعل فعل لاختلافهم هل هو سنة ام لا واهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا فى المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور من اختلاف الفقهاء فى ترك نسك نسك اعنى في وجوب الدم اولا وجوبه من اول المناسك الى آخرها وكذلك فى فعل محظور فاول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لا دم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثورى وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعى وابي يوسف ومحمد ومشهور قول الثورى وقال ابو حنيفة ان رجع ملبياً فلا دم عليه وان رجع غير ملب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبره بالدم واختلفوا فيمن غسل رأسه بالخطمى فقال مالك وابو حنيفة يفتدى وقال الثورى وغيره لاشئ عليه ورآ مالك ان فى الحمام الفدية واباحه الاكثرون وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخلوه والجمهور على انه يفتدى من لبس من المحرمين مانهى عن لباسه واختلفوا اذا لبس السراويل لعدمه الازار هل يفتدى ام لا فقال مالك وابو حنيفة يفتدى وقال الثورى واحمد وابو ثور وداود لاشئ عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة من منع النهى المطلق وعمدة من لم ير فيه فدية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجوده النعلين فقال مالك عليه الفدية وقال ابو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعى واختلفوا فى لبس المرأة القفازين هل فيه فدية ام لا وقد ذكرنا كثيراً من هذه الاحكام فى باب الاحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم ام لا وقد تقدم واتفقوا على ان من نكس الطواف اونسى شوطاً من اشواطه انه يعيده مادام بمكة واختلفوا اذا بلغ الى اهله فقال قوم منهم ابو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعيد ويجبر ما نقصه ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا في وجوب الدم على من ترك الرمل فى الثلاثة الاشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعى وابو حنيفة واحمد وابو ثور واختلف في ذلك قول مالك واصحابه والخلاف في هذه الاشياء كلها مبناه على انه هل هو سنة ام لا وقد تقدم القول في ذلك وتقبيل الحجر اوتقبيل يده اذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياساً على المتمتع اذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسى ركعتى الطواف حتى رجع الى بلده هل عليه

دم أم لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري يركعهما مادام في الحرم وقال الشافعي وأبو حنيفة يركعهما حيث شاء والذين قالوا في طواف الوداع انه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم يتمكن له العودة اليه هل عليه دم أم لا فقال مالك ليس عليه شئ الا ان يكون قريباً فيعود وقال ابو حنيفة والثوري عليه دم ان لم يعدوانما يرجع عندهم مالم يبلغ المواقيت وحجة من لم يره سنة مؤكدة سقوطه عن المكي والحائض وعند ابي حنيفة انه اذا لم يدخل الحجر في الطواف اعاد مالم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام في الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده ابداً الا اذا رجع الي بلده فان عليه دماً وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكباً من غير مرض ولكنه أحب ان يتشرف الناس اليه ومن لم ير السعي واجباً فعليه فيه دم اذا انصرف الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئاً وقد تقدم اختلافهم أيضاً فيمن قدم السعي على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمد ان عاد فدفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثوري عليه الدم رجع اولم يرجع وقد تقدم هذا واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرفة فقال الشافعي لا حج له وقال مالك عليه دم *وسبب الاختلاف هل النهي على الوقوف بها من باب الحظر أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج الي انقضائها كثيراً من اختلافهم فيما في تركه دم وما ليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هنالك قال القاضي فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي التي تجري مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضاً من الافعال في مكان مكان من اماكنها وزمان زمان من ازمنتها الجزئية الى انقضاء زمانها ثم قلنا في احكام التحلل الواقع في هذه العبادة ومايقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات ومالا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة وقلنا أيضاً في حكم الاعادة بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها محصر بمرض او عدو أو غير ذلك والذي بقي من أفعال هذه العبادة هو القول في الهدى وذلك ان هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغي ان يفرد بالنظر فلنقل فيه

القول في الهدي

فنقول ان النظر في الهدى يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه ومن أين يساق والى اين ينتهي بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمه بعد النحر فنقول انهم قد اجمعوا على ان الهدى المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ماهو واجب بالنذر ومنه ماهو واجب في بعض انواع هذه العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة فاما ماهو واجب في بعض انواع هذه العبادة فهو هدى المتمتع باتفاق وهدى القارن باختلاف واما الذى هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى وهدي كفارة الصيد وهدى القاء الاذى والتفث وما اشبه ذلك من الهدى الذى قاسه الفقهاء في الاخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه فاما جنس الهدي فان العلماء متفقون على انه لا يكون الهدى الا من الازواج الثمانية التي نص الله عليها وان الافضل في الهدايا هى الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا في الضحايا واما الاسنان فانهم اجمعوا ان الثني فما فوقه يجزى منها وانه لايجزى الجذع من المعز في الضحايا والهدايا لقوله عليه السلام لابي بردة يجزى عنك ولايجزى عن احد بعدك واختلفوا في الجذع من الضان

فاكثر اهل العلم يقولون بجوازه فى الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لايجزى فى الهدايا الاالثنى من كل جنس ولاخلاف فى ان الاغلى ثمنا من الهدايا أفضل وكان الزبير يقول لبنيه يابنى لايهدين أحدكم لله من الهدى شيئاً يستحيي ان يهديه لكريم فان الله اكرم الكرماء واحق من اختير له وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد قيل له ايها أفضل فقال اغلاها ثمناً وانفسها عند اهلها وليس في عدد الهدي حد معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة واما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بانه هدى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذى الحليفة قلد الهدى واشعره واحرم واذا كان الهدى من الابل والبقر فلاخلاف انه يقلد نعلا اونعلين اوما اشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا فى تقليد الغنم فقال مالك وأبو حنيفة لاتقلد الغنم وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود تقلد لحديث الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم اهدي الي البيت مرة غنما فقلده واستحبوا توجيهه الى القبلة في حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر واستحب الشافعى وأحمد وابو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا ببدنة فاشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين واما من اين يساق الهدى فان مالكا يرى ان من سنته ان يساق من الحل ولذلك ذهب الى ان من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه ان يقفه بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل واما ان كان ادخله من الحل فيستحب له ان يقفه بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعى والثوري وأبو ثور وقوف الهدى بعرفة سنة ولاهدى لمن لم يقفه كان داخلا من الحل اولم يكن وقال ابو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من الحج وحجة مالك فى ادخال الهدى من الحل الى الحرم ان النبي عليه السلام كذلك فعل وقال خذوا عنى مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل التقليد وقال ابو حنيفة ليس التعريف بسنة وانما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروى عن عائشة التخيير فى تعريف الهدي اولا تعريفه واما محله فهو البيت العتيق كما قال تعالي ثم محلها الى البيت العتيق وقال هديا بالغ الكعبة وأجمع العلماء على ان الكعبة لايجوز لاحد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة انما اراد به النحر بمكة احسانا منه لمساكينهم وفقرائهم وكان مالك يقول انما المعنى فى قوله هديا بالغ الكعبة مكة وكان لا يجيز لمن نحر هديه في الحرم الاان ينحره بمكة وقال الشافعى وابو حنيفة انه ان نحره في غير مكة من الحرم اجزأه وقال الطبرى يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدى الاهدى القران وجزاء الصيد فانهما لاينحران الا بالحرم وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفى العمرة بمكة الا ما اختلفوا فيه من نحر المحصر وعند مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمني اجزا وحجة مالك فى انه لا يجوز النحر بالحرم الابمكة قوله صلى الله عليه وسلم وكل فجاج مكة وطرقها منحر واستثنى مالك من ذلك هدى الفدية فاجاز ذبحه بغير مكة واما متى ينحر فان مالكا قال ان ذبح هدى المتمتع اوالمتطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزه ابو حنيفة في التطوع وقال الشافعي يجوز فى كليهما قبل يوم النحر ولاخلاف عند الجمهور ان ما عدل من الهدى بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لامنفعة في ذلك لالاهل الحرم ولالاهل مكة وانما اختلفوا فى الصدقة المعدولة عن الهدى فجمهور العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جزء الصيد الذى هو لهم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة واما صفة النحر فالجمهور مجمعون على أن التسمية مستحبة فيها لانها ذكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمهدى ان يلى نحر هديه

بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه ومن سنتها ان تنحر قياما لقوله سبحانه فاذكروا اسم الله عليها صواف وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الذبائح واما ما يجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به وبلحمه فان في ذلك مسائل مشهورة احدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب او التطوع فذهب اهل الظاهر الى ان ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم أوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير ضرورة والحجة للجمهور ما خرجه أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا الجيت اليها حتى تجد ظهراً ومن طريق المعنى ان الانتفاع بما قصد به القربة إلى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رآ رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال يارسول الله انها هدى فقال أركبها وذلك في الثانية وفي الثالثة وأجمعوا ان هدى التطوع إذا بلغ محله انه يا كل منه صاحبه كسائر الناس وانه إذا عطب قبل أن يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم يا كل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيئاً أهل رفقته لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الاسلمي وقال له ان عطب فانحر ثم اصبغ نعليه في دمه وخل بينه وبين الناس وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولا تا كل منه أنت ولا أهل رفقتك وقال بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا فيما يجب على من أكل منه فقال مالك إن أكل منه وجب عليه بدله وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وابن حبيب من أصحاب مالك عليه قيمة ما أكل أو أمر بأكله طعاماً يتصدق به وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وما عطب في الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا فيه الخلاف مبني على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم وأما الهدى الواجب اذا عطب قبل محله فان لصاحبه ان يا كل منه لان عليه بدله ومنهم من أجاز له بيع لحمه وان يستعين به في البدل وكره ذلك مالك واختلفوا في الاكل من الهدى الواجب اذا بلغ محله فقال الشافعي لا يوكل من الهدى الواجب كله ولحمه كله للمساكين وكذلك جله ان كان مجللا والنعل الذى قلد به وقال مالك يوكل من كل الهدى الواجب الا جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى وقال أبو حنيفة لا يوكل من الهدى الواجب الا هدى المتعة وهدى القران وعمدة الشافعي تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة واما من فرق فلانه يظهر في الهدى معنيان أحدهما انه عبادة مبتدأة والثاني انه كفارة وأحد المعنيين في بعضها اظهر فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القران وهدى المتمتع وبخاصة عند من يقول ان التمتع والقران أفضل لم يشترط الا يا كل لان هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يا كله لاتفاقهم على انه لا يا كل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الاذى ظاهر من أمرهما انهما كفارة لم تختلف هؤلاء الفقهاء في انه لا يا كل منها قال القاضي فقد قلنا في حكم الهدى وفي جنسه وفي سنه وكيفية سوقه وشروط صحته من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب وتمام القول في هذا بحسب ترتيبنا تم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا ولله الشكر والحمد كثيراً على ما وفق وهدي ومن به من التمام والكمال وكان الفراغ منه يوم الاربعاء التاسع من جمادى الاولي الذى من عام اربعة وثمانين وخمسمائة وهو جزء من كتاب المجتهد الذى وضعته منذ ازيد من عشرين عاماً او نحوها والحمد لله رب العالمين

كتاب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجهاد

والقول المحيط باصول هذا الباب ينحصر فى جملتين. الجملة الاولى في معرفة اركان الحرب. الثانية فى احكام أموال المحاربين إذا تملكها المسلمون

الجملة الاولى

وفى هذه الجملة فصول سبعة أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم. والثانى معرفة الذين يحاربون. والثالث معرفة مايجوز من النكاية فى صنف من أصناف أهل الحرب ممالا يجوز. والرابع معرفة جواز شروط الحرب. والخامس معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم. والسادس هل تجوز المهادنة. والسابع لماذا يحاربون

الفصل الاول

فاماحكم هذه الوظيفة فاجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لافرض عين الا عبيد الله بن الحسن فانه قال انها تطوع وإنما صار الجمهور لكونه فرضاً لقوله تعالي كتب عليكم القتال وهو كره لكم الآية واما كونه فرضاً على الكفاية أعني اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى وما كان المومنون لينفروا كافة الآية وقوله وكلاً وعد الله الحسنى ولم يخرج قط رسول الله صلي الله عليه وسلم للغزو الاوترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضاً على الكفاية واما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجدون بما يغزون الاصحاء لا المرضى ولا الزمناء وذلك لاخلاف فيه لقوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقوله ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ماينفقون حرج الآية واما كون هذه الفريضة تختص بالاحرار فلا أعلم فيها خلافا وعامة العلماء متفقون على ان من شرط هذه الفريضة اذن الابوين فيها الا ان تكون عليه فرض عين مثل الايكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به والاصل فى هذا ماثبت ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اني اريد الجهاد قال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد واختلفوا في اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا في اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه السلام وقد سأله الرجل ايكفر الله عنى خطاياى ان مت صابراً محتسبا في سبيل الله قال نعم الا الدين كذلك قال لى جبريل آنفاً والجمهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه

الفصل الثانى

فاما الذين يحاربون فاتفقوا على انهم جميع المشركين لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله الا ما روى عن مالك انه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى أنه عليه السلام قال ذروا الحبشة ماوذرتكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الاثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يتحامون غزوهم

الفصل الثالث

واما مايجوز من النكاية فى العدو فان النكاية لا تخلوا ان تكون فى الاموال اوفى النفوس أوفي الرقاب اعنى الاستعباد والتملك فاما النكاية التى هى الاستعباد فهى جائزة بطريق الاجماع فى جميع انواع المشركين اعنى ذكرانهم واناثهم شيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قوماً راوا ان يتركوا ولا يوسروا بل يتركوا دون ان يعرض اليهم لابقتل ولاباستعباد لقول رسول الله صلي الله عليه وسلم فذرهم وماحبسوا انفسهم اليه اتباعا لفعل ابي بكر واكثر العلماء على ان الامام مخير في الاسارى فى خصال منها ان يمن عليهم ومنها ان يستعبدهم ومنها ان يقتلهم ومنها ان ياخذ منهم الفداء ومنها ان يضرب عليهم الجزية وقال قوم لايجوز قتل الاسير وحكى الحسن بن محمد التميمي انه اجماع الصحابة

* والسبب في اختلافهم تعارض الآية فى هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه السلام وذلك ان ظاهر قوله تعالى فاذالقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب الآية انه ليس للامام بعد الاسراء الا المن او الفداء وقوله تعالى ماكان لنبيء ان يكون له اسرى حتى يثخن فى الارض الآية والسبب الذى نزلت فيه من اسارى بدر يدل على ان القتل افضل من الاستعباد وأما هو عليه السلام فقد قتل الاسارى في غير ما موطن وقد من واستعبد النساء وقد حكى ابو عبيد انه لم يستعبد احرار ذكور العرب وأجمعت الصحابة بعده على استعباد اهل الكتاب ذكرانهم واناثهم فمن رآ أن الآية الخاصة بفعل الاساري ناسخة لفعله قال لايقتل الاسير ومن رآ أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الاسير ولا المقصود منها حصر مايفعل بالاسارى بل فعله عليه السلام هو حكم زائد على ما فى الآية ويحط العتب الذى وقع فى ترك قتل اسارى بدر قال بجواز قتل الاسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد بعد تامين وهذا مالاخلاف فيه بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تامينه ممن لايجوز واتفقوا على جواز تامين الامام وجمهور العلماء على جواز امان الرجل الحر المسلم الا ما كان ابن الماجشون يرى انه موقوف على اذن الامام واختلفوا في امان العبد وامان المرأة فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان امان المرأة موقوف علي اذن الامام وقال ابو حنيفة لايجوز امان العبد الا ان يقاتل * والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه السلام المسلمون تتكافا دماؤهم ويسعى بدمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم هذا يوجب امان العبد بعمومه وأما القياس المعارض له فهو ان الامان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب ان يكون للعبودية تاثير فى اسقاطه قياساً على تاثيرها فى اسقاط كثير من الاحكام الشرعية وان تخصص ذلك العموم بهذا القياس وأما اختلافهم فى امان المرأة فسبب اختلافهم فى مفهوم قوله عليه السلام قد اجزنا من اجزت يا ام هاني وقياس المرأة فى ذلك على الرجل وذلك أن من فهم من قوله عليه السلام قد اجزنا من اجزت يا ام هانى اجازة امانها لاصحته فى نفسه وانه لولا اجازته لذلك لم يوثر قال لاامان للمرأة الا ان يجيزه الامام ومن فهم من ذلك ان امضاء امانها كان من جهة انه قد كان انعقد واثر لامن جهة ان اجازته هي التى صححت عنده قال امان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم يربينهما فرقاً فى ذلك اجاز امانها ومن رآ أنها ناقصة عن الرجل لم يجز امانها وكيف ماكان فالامان غير مؤثر فى الاستعباد وانما يؤثر في القتل وقد يمكن ان يدخل الاختلاف فى هذا من قبل اختلافهم فى الفاظ جموع المذكر هل يتناول النساء ام لا أعنى بحسب العرف الشرعي وأما النكاية التى تكون فى النفوس فهى القتل ولا خلاف بين المسلمين انه يجوز فى الحرب قتل المشركين الذكران البالغين المقاتلين وأما القتل بعد الاسر ففيه الخلاف الذى ذكرنا وكذلك لاخلاف بينهم فى انه لايجوز قتل صبيانهم ولاقتل نسائهم مالم تقاتل المرأة والصبى فاذا قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت انه عليه السلام نهي عن قتل النساء والولدان وقال في امرأة مقتولة ماكانت هذه لتقاتل واختلفوا في اهل الصوامع المنتزعين عن الناس والعميان والزمناء والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل الاعمى ولا المعتوه ولا اصحاب الصوامع ويترك لهم من اموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ الفانى عنده وبه قال ابو حنيفة وأصحابه وقال الثورى والاوزاعى لا يقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعي لايقتل الحراث وقال الشافعي فى الاصح عنه يقتل جميع هذه الاصناف * والسبب فى اختلافهم معارضة بعض الاثار بخصوصها لعموم الكتاب ولعموم قوله عليه السلام الثابت امرت ان اقاتل الناس

حتى يقولوا لا إله الا الله الحديث وذلك ان قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم يقتضى قتل كل مشرك راهباً كان او غيره وكذلك قوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى
يقولوا لا اله الا الله وأما الآثار التي وردت باستبقاء هذه الاصناف فمنها ما رواه داود بن الحصين عن عكرمة عن
ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال لا تقتلوا اصحاب الصوامع ، ومنها ايضاً ماروى
عن انس بن مالك عن النبي عليه السلام قال لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلا صغيراً ولا امرأة ولا تغلوا خرّجه ابو
داود ومن ذلك ايضاً ما رواه مالك عن ابي بكر انه قال ستجدون قوماً زعموا انهم حبسوا انفسهم لله فدعهم وما
حبسوا انفسهم اليه وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبياً ولا كبيراً هرماً ويشبه ان يكون السبب الاملك في الاختلاف
في هذه المسئلة معارضة قوله تعالى وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين لقوله تعالى
فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الآية فمن رأى ان هذه ناسخة لقوله تعالى وقاتلوا
في سبيل الله الذين يقاتلونكم لان القتال اولا انما ابيح لمن يقاتل قال الآية على عمومها ومن رأى ان قوله تعالى وقاتلوا
في سبيل الله الذين يقاتلونكم هي محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون استثناها من عموم تلك
وقد احتج الشافعي بحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم
وكان العلة الموجبة للقتل عنده انما هي الكفر فوجب ان تطرد هذه العلة في جميع الكفار وأما من ذهب الى انه
لا يقتل الحراث فانه احتج في ذلك بما روى عن زيد بن وهب قال اتانا كتاب عمر رضى الله عنه وفيه لا تغلوا
ولا تغدروا ولا تقتلوا وليداً واتقوا الله في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النهى عن قتل العسيف المشرك
وذلك انه قال خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاها فمر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ماكانت هذه لتقاتل ثم نظر في وجوه
القوم فقال لاحدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفاً ولا امرأة * والسبب الموجب بالجملة لاختلافهم
اختلافهم في العلة الموجبة للقتل فمن زعم ان العلة الموجبة لذلك هي الكفر لم يستثن احداً من المشركين ومن زعم
ان العلة في ذلك اطاقة القتال للنهى عن قتل النساء مع انهن كفاراً استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه
كالفلاح والعسيف وصح النهى عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا في تحريقهم بالنار فكره
قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر ويروى عن مالك وأجاز ذلك عن سفيان الثورى وقال بعضهم ان
ابتداء العدو بذلك جاز والا فلا * والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم ولم يستثن قتلا من قتل وأما الخصوص فما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في رجل
ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واتفق عوام الفقهاء على جواز رمى الحصون
بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية اولم يكن لما جاء ان النبي عليه السلام نصب المنجنيق على اهل الطائف واما اذا كان
الحصن فيه اسارى من المسلمين واطفال من المسلمين فقالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعى
وقال الليث ذلك جائز ومعتمد من لم يجزه قوله تعالى لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا اليما الآية وأما
من اجاز ذلك فكانه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكاية التي يجوز ان يبلغ بهم في نفوسهم ورقابهم وأما النكاية التي
تجوز في اموالهم وذلك في المباني والحيوان والنبات فانهم اختلفوا في ذلك فاجاز مالك قطع الشجر والثمار

وتخريب العامر ولم يجز قتل المواشي ولا تحريق النخل وكره الاوزاعى قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان او غير ذلك وقال الشافعى تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل * والسبب فى اختلافهم مخالفة فعل ابى بكر فى ذلك لفعله عليه السلام وذلك انه ثبت انه عليه السلام حرق نخل بنى النضير وثبت عن ابى بكر انه قال لاتقطعن شجراً ولا تخربن عامراً فمن ظن ان فعل ابى بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على ابى بكر ان يخالفه مع علمه بفعله اورآ ان ذلك كان خاصاً ببنى النضير لغزوهم قال بقول ابى بكر ومن اعتمد فعله عليه السلام ولم ير قول احد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثلة وقد نهي عن المثلة ولم يات عنه عليه السلام انه قتل حيوانا فهذا هو معرفة النكاية التى يجوز ان يبلغ من الكفار فى نفوسهم واموالهم

الفصل الرابع

فاما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق أعنى انه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شئ مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وأما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرر الحرب فانهم اختلفوا في ذلك فمنهم من اوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها * والسبب في اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك انه ثبت انه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لاميرها اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال او خلال فايتهن ما اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا واختاروا دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المومنين ولا يكون لهم فى الفئ والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان اجابوا فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس ممن ذهب وهم الجمهور الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في اول الاسلام قبل ان تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع

الفصل الخامس

وأما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى الان خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك ان الضعف انما يعتبر فى القوة لا في العدد وانه يجوز ان يفر الواحد عن واحد اذا كان اعتق جواداً منه واجود سلاحاً وأشد قوة

الفصل السادس

فاما هل تجوز المهادنة فان قوماً اجازوها ابتداء من غير سبب اذا رآ ذلك الامام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجيزوها الا لمكان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من فتنة اوغير ذلك إما بشئ ياخذونه منهم لا على حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها ان توخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم احكام المسلمين وإما بلا شئ ياخذونه منهم وكان الاوزاعى يجيز ان يصالح الامام الكفار على شئ يدفعه المسلمون الى الكفار اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة اوغير ذلك من الضرورات وقال الشافعى لا يعطى المسلمون الكفار شيئاً الا ان يخافوا ان يصطلموا لكثرة العدو وقلتهم اولمحنة نزلت بهم وممن قال باجازة الصلح اذا رآ الامام ذلك مصلحة مالك والشافعى وأبو حنيفة الا ان الشافعى لا يجوز عنده الصلح لاكثر من مدة التى صالح عليها رسول الله

صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية * وسبب اختلافهم في جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله
تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم
الاخر لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله فمن رأى أن آى الامر بالقتال حتى يسلموا او يعطوا
الجزية ناسخة لاية الصلح قال لا يجوز الصلح الا من ضرورة ومن رأى أن آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز اذا
رأى ذلك الامام وعضد تاويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية
لم يكن لموضع الضرورة وأما الشافعي فلما كان الاصل عنده الامر بالقتال حتى يسلموا او يعطوا الجزية وكان
هذا مخصصاً عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير ان يزاد على المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقد اختلف في هذه المدة فقيل كانت اربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشر سنين وبذلك قال الشافعي وأما من اجاز
ان يصالح المسلمون المشركين بان يعطوا لهم المسلمون شيئاً اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة او غيرها فمصيراً الى ماروى
انه كان عليه السلام قد هم ان يعطى بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الاحزاب لتخبيبهم فلم
يوافقوا على القدر الذي كان سمح له به من ثمر المدينة حتى افاء الله بنصره وأما من لم يجز ذلك الا ان يخاف المسلمون
ان يصطلموا فقياساً على اجماعهم على جواز فداء اسارى المسلمين لان المسلمين اذا صاروا في هذا الحد فهم بمنزلة
الاسارى ﴿الفصل السابع﴾ فاما لماذا يحاربون فاتفق المسلمون على ان المقصود بالمحاربة
لاهل الكتاب ماعدى اهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو واحد امرين إما الدخول في الاسلام وإما
اعطاء الجزية لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون
دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وكذلك اتفق عامة الفقهاء على اخذها من
المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب واختلفوا فيما سوى اهل الكتاب من المشركين
هل تقبل منهم الجزية ام لا فقال قوم توخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب
وقال الشافعي وابو ثور وجماعة لا توخذ الا من اهل الكتاب والمجوس * والسبب في اختلافهم معارضة العموم
للخصوص أما العموم فقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله عليه السلام امرت ان
اقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله وأما الخصوص
فقوله لامراء السرايا الذين كان يبعثهم الى مشركي العرب ومعلوم انهم كانوا غير اهل كتاب فاذا لقيت عدوك فادعهم
الى ثلاث خصال فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم اذا تاخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال
لا تقبل الجزية من مشرك ماعدا اهل الكتاب لان الآى الامر بقتالهم على العموم هي متاخرة عن ذلك الحديث
وذلك ان الامر بقتال المشركين عامة هو في سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث انما هو قبل الفتح بدليل
دعائهم فيه للهجرة ومن رأى ان العموم يبنى على الخصوص تقدم او تاخر او جهل التقدم والتأخر بينهما قال تقبل الجزية
من جميع المشركين وأما تخصيص اهل الكتاب من سائر المشركين تخرج من ذلك العموم باتفاق بخصوص قوله تعالى
من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وسياتي القول في الجزية واحكامها في الجملة
الثانية من هذا الكتاب فهذه هي اركان الحرب ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة النهي عن السفر بالقرآن
الى ارض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابو حنيفة

يجوز ذلك اذا كان فى العساكر المامونة * والسبب في اختلافهم هل النهى عام اريد به العام اوعام اريد به الخاص

﴿الجملة الثانية﴾ والقول المحيط باصول هذه الجملة ينحصر ايضاً فى سبعة فصول . الاول في حكم الخمس ، الثانى فى حكم الاربعة الاخماس ، الثالث فى حكم الانفال . الرابع فى حكم ماوجد من اموال المسلمين عند الكفار . الخامس فى حكم الارضين ، السادس فى حكم الفئ : السابع فى احكام الجزية والمال الذى يوخذ منهم على طريق الصلح

﴿الفصل الاول﴾ واتفق المسلمون على أن الغنيمة التى توخذ قسرا من ايدى الروم ماعدى الارضين ان خمسها للامام واربعة اخماسها للذين غنموها لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول الآية واختلفوا فى الخمس على اربعة مذاهب مشهورة ، أحدها أن الخمس يقسم على خمسة اقسام على نص الآية وبه قال الشافعي . والقول الثانى انه يقسم على اربعة اخماس وأن قوله تعالى فأن لله خمسه هو افتتاح كلام وليس هو قسماً خامساً . والقول الثالث انه يقسم اليوم ثلاثة اقسام وأن سهم النبى وذوى القربى سقطا بموت النبي صلى الله عليه وسلم . والقول الرابع أن الخمس بمنزلة الفئ يعطى منه الغنى والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم اربعة اخماس اوخمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته فقال قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقى الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم ذوى القربي لقرابة الامام وقال قوم بل يجعلان فى السلاح والعدة واختلفوا فى القرابة من هم فقال قوم بنوهاشم فقط وقال قوم بنوعبد المطلب وبنوهاشم * وسبب اختلافهم في هل الخمس يقصر على الاصناف المذكورين ام يعدى لغيرهم هو هل ذكر تلك الاصناف فى الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم ام قصد التنبيه بهم علي غيرهم فيكون ذلك من باب الخاص اريد به العام فمن رآ انه من باب الخاص اريد به الخاص قال لايتعدى بالخمس تلك الاصناف المنصوص عليها وهو الذى عليه الجمهور ومن رآ انه من باب الخاص اريد به العام قال يجوز للامام ان يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج من رآ أن سهم النبى صلى الله عليه وسلم للامام بعده بما روى عنه عليه السلام انه قال اذا اطعم الله نبياً طعمة فهو للخليفة بعده وأما من صرفه على الاصناف الباقين اوعلي الغانمين فتشبيهاً بالصنف المحبس عليهم وأما من قال القرابة هم بنوهاشم وبنوالمطلب فانه احتج بحديث جبير بن مطعم قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربي لبنى هاشم وبنى المطلب من الخمس قال وإنما بنو هاشم وبنوالمطلب صنفاً واحداً ومن قال بنوهاشم فلانهم الذين لايحل لهم الصدقة واختلف العلماء فى سهم النبي صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم فى وجوب الخمس له غاب عن القسمة اوحضرها وقال قوم بل الخمس والصفى وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شئ كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس اوامة اوعبد وروى أن صفية كانت من الصفى وأجمعوا على أن الصفى ليس لاحد من بعد رسول الله صلي الله عليه وسلم الا ابا ثور فانه قال يجرى مجري سهم النبى صلى الله عليه وسلم

﴿الفصل الثانى﴾ وأجمع جمهور العلماء على ان اربعة اخماس الغنيمة للغانمين اذا خرجوا باذن الامام واختلفوا فى الخارجين بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب وكم يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم فالجمهور على ان اربعة اخماس الغنيمة للذين غنموها خرجوا باذن الامام او بغير ذلك لعموم قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ الآية وقال قوم اذا خرجت السرية اوالرجل الواحد بغير اذن الامام

فكل ما ساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغانم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهؤلاء كانهم اعتمدوا صورة الفعل الواقع من ذلك فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا انما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكانهم رأوا أن اذن الامام شرط في ذلك وهو ضعيف وأما من له السهم من الغنيمة فانهم اتفقوا على الذكران الاحرار البالغين واختلفوا في اضدادهم أعنى فى النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ وقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغانمين وهو قول الاوزاعي وكذلك اختلفوا فى الصبي المراهق فمنهم من قال يقسم له وهو مذهب الشافعي ومنهم من اشترط فى ذلك ان يطيق القتال وهو مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له * وسبب اختلافهم فى العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معاً ام الاحرار فقط دون العبيد وأيضاً فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك انه انتشر فيهم رضى الله عنهم أن الغلمان لا سهم لهم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ذكره ابن ابي شيبة من طرق عنهما قال ابو عمر بن عبد البر اصح ما روى من ذلك عن عمر ما رواه سفيان بن عيينة عن عمر وابن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن اوس بن الحدثان قال قال عمر ليس احد الاوله فى هذا المال حق الا ما ملكت ايمانكم وانما صار الجمهور الى ان المرأة لا يقسم لها ويرضخ بحديث ام عطية الثابت قالت كنا نغزوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنداوى الجرحي ونمرض المرضى وكان يرضخ لنا من الغنيمة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم فى تشبيه المرأة بالرجل فى كونها اذا غزت لها تاثير فى الحرب ام لا فانهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن الغزو فمن شبههن بالرجال اوجب لهن نصيباً فى الغنيمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى اما لم يوجب لهن شيئاً واما اوجب لهن دون حظ الغانمين وهو الارضاخ والاولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم للنساء بخيبر وكذلك اختلفوا فى التجار والاجراء هل يسهم لهم ام لا فقال مالك لا يسهم لهم الا ان يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال * وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فأن لله خمسه بالقياس الذى يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين وذلك ان من رآ ان التجار والاجراء حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم يقصدوا القتال وانما قصدوا اما التجارة واما الاجارة استثناهم من ذلك العموم ومن رآ ان العموم اقوى من هذا القياس اجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناهم ما خرّجه عبد الرزاق ان عبد الرحمان بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين ان يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر الخروج دعاه فابا ان يخرج معه واعتذر له بامر عياله واهله فاعطاه عبد الرحمان ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما هزموا العدو سأل الرجل عبد الرحمان نصيبه من المغنم فقال عبد الرحمان سأذكر امرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظه ونصيبه من غزوة فى امر دنياه وآخرته وخرج مثله ابوداود عن يعلى بن منبه ومن اجاز له القسم شبهه بالجعائل ايضاً وهو ان يعين اهل الديوان بعضهم بعضاً اعنى يعين القاعد منهم للغازى وقد اختلف العلماء في الجعائل فاجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من اجاز ذلك من السلطان فقط او اذا كانت ضرورة وبه قال ابو حنيفة والشافعى وأما الشرط الذى يجب به للمجاهد السهم من الغنيمة فان الاكثر على انه اذا شهد القتال اوجب له السهم وان لم يقاتل وانه اذا جاء بعد القتال فليس له سهم فى الغنيمة وبهذا قال الجمهور وقال قوم اذا لحقهم قبل ان يخرجوا الى دار

الاسلام وجب له حظه من الغنيمة ان اشتغل فى شئ من اسبابها وهو قول ابى حنيفة * والسبب فى اختلافهم سببان القياس والاثر أما القياس فهو هل يلحق تاثير الغازى فى الحفظ بتاثيره فى الاخذ وذلك ان الذى شهد القتال له تاثير فى الاخذ أعنى فى اخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم والذى جاء قبل ان يصلوا الى بلاد المسلمين له تاثير فى الحفظ فمن شبه التاثير فى الحفظ بالتاثير فى الاخذ قال يجب له السهم وان لم يحضر القتال ومن رآ ان الحفظ اضعف لم يوجب له وأما الاثر فان فى ذلك اثرين متعارضين أحدهما ماروى عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ابان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد فقدم ابان واصحابه على النبى صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحوها فقال ابان اقسم لنا يا رسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والاثر الثاني ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر ان عثمان انطلق فى حاجة الله وحاجة رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لاحد غاب عنها قالوا فوجب له السهم لان اشتغاله كان بسبب الامام قال ابو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال الغنيمة لمن شهد الوقيعة وأما السرايا التى تخرج من العساكر فتغنم فالجمهور على ان اهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وان لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام ويرد سراياهم على قعدهم خرّجه ابو داود ولان لهم تاثيراً ايضاً فى اخذ الغنيمة وقال الحسن البصرى اذا خرجت السرية باذن الامام من عسكره خمسها وما بقى فلاهل السرية وان خرجوا بغير اذنه خمسها وكان ما بقى بين اهل الجيش كله وقال النخعى الامام بالخيار ان شاء خمس ماترد السرية وان شاء نفله كله * والسبب ايضاً فى هذا الاختلاف هو تشبيه تاثير العسكر فى غنيمة السرية بتاثير من حضر القتال بها وهم اهل السرية فاذن الغنيمة انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شرطين اما ان يكون ممن حضر القتال واما ان يكون ردءاً لمن حضر القتال وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا فى الفارس فقال الجمهور للفارس ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وقال أبو حنيفة للفارس سهمان سهم لفرسه وسهم له * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للاثر وذلك ان ابا داود خرج عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم اسهم لرجل وفرسه ثلاثة اسهم سهمان للفرس وسهم لراكبه وخرج ايضاً عن مجمع بن حارثة الانصارى مثل قول ابي حنيفة وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو ان يكون سهم الفرس اكبر من سهم الانسان هذا الذى اعتمد ابو حنيفة فى ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشئ لان سهم الفرس انما استحقه الانسان الذى هو الفارس بالفرس وغير بعيد ان يكون تاثير الفارس بالفرس فى الحرب ثلاثة اضعاف تاثير الراجل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر اثبت وأما ما يجوز للمجاهد ان ياخذ من الغنيمة قبل القسم فان المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الخائط والمخيط فان الغلول عار وشنار على اهله يوم القيامة الى غير ذلك من الآثار الواردة فى هذا الباب واختلفوا فى اباحة الطعام للغزاة ما داموا فى ارض الغزو فاباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب * والسبب فى اختلافهم معارضة الآثار التى جاءت فى تحريم الغلول للآثار الواردة فى اباحة اكل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن ابي اوفى فمن خصص احاديث تحريم الغلول بهذه اجاز اكل الطعام للغزاة ومن رجح احاديث تحريم الغلول على هذه لم يجز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال اصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا أعطى منه شيئاً فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فتبسم خرّجه البخارى ومسلم وحديث ابن ابي اوفى قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب

فنا كله ولاندفعه أخرجه ايضاً البخارى واختلفوا فى عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب الاالتعزير * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر انه قال عليه السلام قال من غل فاحرقوا متاعه

﴿ الفصل الثالث ﴾ وأما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء أعنى ان يزيده على نصيبه فان العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أى شئ يكون النفل وفى مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل ام ليس يجب الا ان ينفله له الامام فهذه اربع مسائل هى قواعد هذا الفصل

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان قوماً قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل انما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذى اختاره الشافعى وقال قوم بل النفل من جملة الغنيمة وبه قال احمد ابو عبيد ومن هؤلاء من اجاز تنفيل جميع الغنيمة * والسبب فى اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردتين في المغانم تعارض ام هما على التخيير أعني قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ الآية وقوله تعالى يسئلونك عن الانفال الآية فمن رأى أن قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه ناسخة لقوله تعالى يسئلونك عن الانفال قال لانفل الا من الخمس او من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لامعارضة بينهما وانهما على التخيير أعنى ان للامام ان ينفل من رأس الغنيمة من شاء وله ان لا ينفل بان يعطى جميع ارباع الغنيمة للغانمين قال بجواز النفل من رأس الغنيمة ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى هذا الباب وفي ذلك أثران أحدهما ماروى مالك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبدالله بن عمر قبل نجد فغنموا ابلا كثيرة فكان سهمانهم اثنى عشر بعيراً ونفلوا بعيراً بعيراً وهذا يدل على أن النفل كان بعد القسمة من الخمس والثاني حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع السرايا بعد الخمس في البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة يعني فى بداءة غزوه عليه السلام وفي انصرافه

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى مامقدار ماللامام ان ينفل من ذلك عند الذين اجازوا النفل من رأس الغنيمة فان قوماً قالوا لايجوز ان ينفل اكثر من الثلث اوالربع على حديث حبيب بن مسلمة وقال قوم ان نفل الامام السرية جميع ماغنمت جاز مصيراً الى ان آية الانفال غير منسوخة بل محكمة وانها على عمومها غير مخصصة ومن رأى انها مخصصة هذا الأثر قال لايجوز ان ينفل اكثر من الربع اوالثلث

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب ام ليس يجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فكره ذلك مالك واجازه جماعة * وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لظاهر الأثر وذلك ان الغزو انما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هى العليا فاذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف ان يسفك الغزاة دماءهم في حق غير الله وأما الأثر الذى يقتضى ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة أن النبى عليه السلام كان ينفل فى الغزو السرايا الخارجة من العسكر الربع وفي القفول الثلث ومعلوم أن المقصود من هذا انما هو التنشيط على الحرب ﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾

وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل اوليس يجب الا ان نفله له الامام فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك لايستحق القاتل سلب المقتول الا ان ينفله له الامام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال ابو حنيفة والثورى وقال

الشافعي واحمد وابوثور واسحاق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الامام اولم يقله ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطاً ومنهم من قال لايكون له السلب الااذا قتله مقبلا غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل قبل معمعة الحرب او بعدها وأما ان قتله في حين المعمعة فليس له سلب وبه قال الاوزاعي وقال قوم ان استكثر الامام السلب جاز ان يخمسه * وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه السلام يوم حنين بعدما بردالقتال من قتل قتيلا فله سلبه ان يكون ذلك منه عليه السلام على جهة النفل اوعلى جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوي عنده انه على جهة النفل من قبل انه لم يثبت عنده انه قال ذلك عليه السلام ولاقضى به الاايام حنين ولمعارضة آية الغنيمة له ان حمل ذلك على الاستحقاق أعني قوله تعالى واعلموا انماغنمتم من شيء الآية فانه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن الاربعة الاخماس واجبة للغانمين كما انه لما نص على الثلث للام في المواريث علم أن الثلثين للاب قال ابو عمر وهذا القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروى عن عمر بن الخطاب انه قال كنا لانخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرّج ابوداود عن عوف بن مالك الاشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل وخرّج ابن ابي شيبة عن انس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة فطعنه طعنة دق قربوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين الفاً فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لابي طلحة انا كنا لانخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا كثيراً ولااراني الاخمسته قال قال ابن سيرين فحدثني انس بن مالك انه اول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من فرق بين السلب القليل والكثير واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ماوجد على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة

الفصل الرابع

وأما اموال المسلمين التي تسترد من ايدي الكفار فانهم اختلفوا في ذلك على اربعة اقوال مشهورة ، أحدها ان ما استرد المسلمون من ايدي الكفار من اموال المسلمين فهو لاربابها من المسلمين وليس للغزاة المستردين لذلك منها شيء وممن قال بهذا القول الشافعي واصحابه وابو ثور والقول الثاني ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شيء وهذا القول قاله الزهري وعمرو بن دينار وهو مروي عن علي بن ابي طالب ، والقول الثالث ان ماوجد من اموال المسلمين قبل القسم فصاحبه احق به بلاثمن وماوجد من ذلك بعد القسم فصاحبه احق به بالقيمة وهؤلاء انقسموا قسمين فبعضهم رأى هذا الرأي في كل ما استرده المسلمون من ايدي الكفار باي وجه صار ذلك الى ايدي الكفار وفي أي موضع صار وممن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى ايدي الكفار غلبة وحازوه حتى اوصلوه الى دار المشركين وبين ما اخذ منهم قبل ان يحوزوه ويبلغوا به دار الشرك فقالوا ماحازوه فحكمه ان الفاه صاحبه قبل القسم فهو له وان الفاه بعد القسم فهو احق به بالثمن قالوا وأما من لم يحزه العدو بان يبلغوا دارهم به فصاحبه احق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع واختلافهم راجع الى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين اموالهم اذاغلبوهم عليها ام ليس يملكونها * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس وذلك ان حديث عمران بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئاً وهو قال اغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم

وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغى حتى اتت العضباء فاتت ناقة ذلولا فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرنها فلما قدمت المدينة عرفت الناقة فاتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولا نذر فى معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو انه غار له فرس فاخذها العدو فظهر عليه المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان وأما الأثر الذى يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعنى أنه باع دورها التى كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه السلام الى المدينة وأما القياس فان من شبه الاموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كال الباغى مع العادل أعنى انه لا يملك عليهم الامرين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو ضامن للشئ ان فاتت عينه والكفار قد أجمعوا على أنهم غير ضامنين لاموال المسلمين فلزم عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا وأما من فرق بين الحكم قبل الغنم وبعده وبين ما أخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بان صار اليهم من تلقائه مثل العبد الابق والفرس العائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس يجد وسطا بين ان يقول اما أن يملك المشرك على المسلم شيئا أولا يملكه الا أن يثبت فى ذلك دليل سمعى لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحديث الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعيرا له كان المشركون قد أصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل أن يقسم فهو لك وان أصبته بعد القسم أخذته بالقيمة لكن الحسن بن عمارة مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند اهل الحديث والذى عول عليه مالك فيما احسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له اخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء ابي حنيفة ام الولد والمدبر من سائر الاموال لا معنى له وذلك انه يرى ان الكفار يملكون على المسلمين سائر الاموال ماعدى هذين وكذلك قول مالك في ام الولد انه اذا اصابها مولاها بعد القسم ان على الامام ان يفديها فان لم يفعل خير سيدها على فدائها فان لم يكن له مال اعطيت له واتبعه الذى خرجت فى نصيبه بقيمتها دينا متى ايسر هو قول ايضا ليس له حظ من النظر لانه ان لم يملكها الكفار فقد يجب ان ياخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل له عليها وايضا فانه لا فرق بينها وبين سائر الاموال الا ان يثبت فى ذلك سماع ومن هذا الاصل اعنى من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم اولا يملك اختلف الفقهاء فى الكافر يسلم وبيده مال مسلم هل يصح له ام لا فقال مالك وابو حنيفة يصح له وقال الشافعي على اصله لا يصح له واختلف مالك وابو حنيفة اذا دخل مسلم الي الكفار على جهة التلصص واخذ مما فى ايديهم مال مسلم فقال ابو حنيفة هو اولى به وان اراده صاحبه اخذه بالثمن وقال مالك هو لصاحبه فلم يجر على أصله ومن هذا الباب اختلافهم فى الحربي يسلم ويهاجر ويترك فى دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فمنهم من قال لكل ما ترك حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والاصل ان المبيح للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه السلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم فمن زعم ان ها هنا مبيحا للمال غير الكفر من تملك عدو او غيره فعليه الدليل وليس ها هنا دليل تعارض به هذه القاعدة والله أعلم

الفصل الخامس

واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الارض عنوة

فقال مالك لاتقسم الارض وتكون وقفاً يصرف خراجها فى مصالح المسلمين من ارزاق المقاتلة وبناء القناطير والمساجد وغيرذلك من سبيل الخير الاان يري الامام فى وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضى القسمة فانله ان يقسم الارض وقال الشافعي الارضون المفتتحة تقسم كاتقسم الغنائم يعنى خمسة اقسام وقال ابوحنيفة الامام مخير بين ان يقسمها على المسلمين اويضرب على اهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بايديهم *وسبب اختلافهم مايظن من التعارض بين آية سورة الانفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الانفال تقتضى بظاهرها ان كل ماغنم يخمس وهو قوله عليه السلام واعلموا انماغنمتم وقوله تعالى فى آية الحشر والذين جاءوا من بعدهم عطفاً على ذكر الذين اوجب لهم الفئ يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والاتين شركاء في الفئ كماروى عن عمر رضى الله عنه انه قال فى قوله تعالى والذين جاءوا من بعدهم ما ارى هذه الآية الاقد عمت الخلق حتى الداعي بكذا اوكلاما هذا معناه ولذلك لم تقسم الارض التى افتتحت فى ايامه عنوة من ارض العراق ومصر فمن رآ ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة لآية الانفال استثنى من ذلك الارض ومن رآ ان الايتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رآ ان آية الانفال فى الغنيمة وآية الحشر في الفئ على ما هو الظاهر من ذلك قال تخمس الارض ولابد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه السلام قسم خيبر بين الغزاة قالوا فالواجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه السلام الذى يجرى مجرى البيان للمجمل فضلا عن العام واما ابوحنيفة فانما ذهب الى التخيير بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يودونه لانه زعم انه قد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى خيبر بالشطر ثم ارسل ابن رواحة فقاسمهم قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام بالخيار بين القسمة والاقرار بايديهم وهو الذى فعل عمر رضى الله عنه وان اسلموا بعد الغلبة عليهم كان مخيراً بين المن عليهم اوقسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة اعنى من المن وهذا انمايصح على راى من رآ انه افتتحها عنوة فان الناس اختلفوا في ذلك وان كان الاصح انه افتتحها عنوة لانه الذى خرجه مسلم وينبغى ان تعلم ان قول من قال ان آية الفئ وآية الغنيمة محمولتان على الخيار وان آية الفئ ناسخة لآية الغنيمة اومخصصة لها انه قول ضعيف جداً الاان يكون اسم الفئ والغنيمة يدلان على معنى واحد فان كان ذلك فالآيتان متعارضتان لان آية الانفال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة دون التخميس فوجب ان تكون احداها ناسخة للاخرى اويكون الامام مخيراً بين التخميس وترك التخميس وذلك في جميع الاموال المغنومة وذكر بعض اهل العلم انه مذهب لبعض الناس واظنه حكاه على المذهب ويجب على مذهب من يريد ان يستنبط من الجميع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ماعدى الارض ان تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة بعض مافى الاخرى اوناسخة له حتى تكون آية الانفال خصصت من عموم آية الحشر ماعدى الارضين فاوجبت فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الانفال الارض فلم يوجب فيها خمساً وهذه الدعوى لاتصح الابدليل مع ان الظاهر من آية الحشر انها تضمنت القول في نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذى تضمنته آية الانفال وذلك ان قوله تعالى فما اوجفتم عليه من خيل ولاركاب هو تنبيه على العلة التى من اجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك اذ كانت توخذ بالايجاف

﴿الفصل السادس فى قسمة الفئ﴾

واما الفئ عند الجمهور فهو كل ماصار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير ان يوجف عليه بخيل او

رجل واختلف الناس في الجهة التي يصرف اليها فقال قوم ان الفيء لجميع المسلمين الفقير والغنى وان الامام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في النوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولا خمس فى شئ منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن ابي بكر وعمر وقال الشافعى بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الاصناف الذين ذكروا فى آية الغنائم وهم الاصناف الذين ذكروا فى الخمس بعينه من الغنيمة وان الباقى هو الذى هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رآ واحسب ان قوما قالوا ان الفيء غير مخمس ولكن يقسم على الاصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو أحد أقوال الشافعى فيما احسب *وسبب اختلاف من رآ انه يقسم جميعه على الاصناف الخمسة اوهو مصروف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلافهم فى قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك أعنى ان من جعل ذكر الاصناف في الآية تنبيهاً على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الاصناف تعديداً للذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى بهم هؤلاء الاصناف أعنى انه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه واما تخميس الفيء فلم يقل به أحد قبل الشافعي وانما حمله على هذا القول انه رآ الفيء قد قسم فى الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس لانه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه القسمة تخص جميع الفيء لا جزءاً منه وهو الذى ذهب اليه فيما احسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بنى النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبى صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي يجعله في الكراع والسلاح عدة فى سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك

﴿الفصل السابع في الجزية﴾ والكلام المحيط باصول هذا الفصل منحصر في ست مسائل .المسئلة الاولى ممن يجوز أخذ الجزية .الثانيه على أى الاصناف منهم تجب الجزية .الثالثة كم يجب .الرابعة متى تجب ومتى تسقط .الخامسة كم اصناف الجزية .السادسة فيماذا يصرف مال الجزية ﴿المسئلة الاولى﴾

فاما من يجوز اخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز أخذها من اهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم واختلفوا في أخذها ممن لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم انها لا توخذ من قرشى كتابي وقد تقدمت هذه المسئلة ﴿واما المسئلة الثانية﴾ وهي اى الاصناف من الناس تجب عليهم فانهم اتفقوا على انها انما تجب بثلاثة اوصاف الذكورية والبلوغ والحرية وانها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت إنما هى عوض من القتل والقتل إنما هو متوجه بالامر نحو الرجال البالغين اذ قد نهي عن قتال النساء والصبيان وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد واختلفوا فى أصناف من هؤلاء منها في المجنون وفى المقعد ومنها فى الشيخ ومنها فى أهل الصوامع ومنها فى الفقير هل يتبع بها دينا متى ايسر أم لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعي *وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون أم لا أعنى هؤلاء الاصناف ﴿وأما المسئلة الثالثة﴾

وهى كم الواجب فانهم اختلفوا فى ذلك فرآ مالك ان القدر الواجب فى ذلك هو ما فرضه عمر رضى الله عنه وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعون درهما ومع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه وقال الشافعى اقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب مايصالحون عليه وقال قوم لا توقيت فى ذلك وذلك مصروف إلى اجتهاد الامام وبه قال الثورى وقال أبو حنيفة وأصحابه الجزية اثنا عشر درهما

وأربعة وعشرون درهما وثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من اثنى عشر درهما ولا يزاد الغنى على ثمانية وأربعين درهما
والوسط أربعة وعشرون درهما وقال أحمد دينار أو عدله معافر لا يزاد عليه ولا ينقص منه * وسبب اختلافهم اختلاف
الآثار في هذا الباب وذلك انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى اليمن وأمره ان يأخذ من كل
حالم ديناراً أو عدله معافر وهى ثياب باليمن وثبت عن عمر انه ضرب الجزية على أهل الذهب اربعة دنانير وعلى اهل
الورق اربعين درهما مع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة ايام وروى عنه ايضاً انه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية
على اهل السواد ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثنا عشر فمن حمل هذه الاحاديث كلها على التخيير وتمسك
فى ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية إذ ليس فى توقيت ذلك حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم متفق على صحته
وإنما ورد الكتاب فى ذلك عاما قال لا حد فى ذلك وهو الاظهر والله اعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن
عمر قال اقله محدود ولا حد لاكثره ومن رجح اخذ حديثى عمر قال اما باربعين درهما واربعة دنانير واما بثمانية
واربعين درهما واربعة وعشرين واثنى عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لانه مرفوع قال دينار فقط او عدله
معافر لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه ﴿واما المسئلة الرابعة﴾ وهى متى تجب الجزية فانهم
اتفقوا على انها لا تجب الا بعد الحول وانها تسقط عنه اذا اسلم قبل انقضاء الحول واختلفوا اذا اسلم بعد ما يحول
عليه الحول هل تؤخذ منه جزية للحول الماضى باسره او لما مضى منه فقال قوم اذا اسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء
الحول كان اسلامه او قبل انقضائه وبهذا القول قال الجمهور وقالت طائفة ان اسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية وان
اسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على انه لا تجب عليه بعد انقضاء الحول لان الحول شرط فى وجوبها فاذا وجد
الرافع لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب اعنى قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وانما اختلفوا بعد انقضاء الحول
لانها قد وجبت فمن رأى ان الاسلام يهدم هذا الواجب فى الكفر كما يهدم كثيراً من الواجبات قال تسقط عنه وان
كان اسلامه بعد الحول ومن رأى انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثيراً من الحقوق المرتبة مثل الديون
وغير ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول * فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة او لا يهدمها

﴿واما المسئلة الخامسة﴾ وهى كم اصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة اصناف جزية
عنوية وهى هذه التى تكلمنا فيها اعنى التى تفرض على الحربيين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهى التى يتبرعون بها
ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لا فى الواجب ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وانما ذلك كله راجع الى
الاتفاق الواقع فى ذلك بين المسلمين واهل الصلح الا ان يقول قائل انه ان كان قبول الجزية الصلحية واجباً على
المسلمين فقد يجب ان يكون هاهنا قدر ما اذا اعطاه من انفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون
اقلها محدوداً او اكثرها غير محدود واما الجزية الثالثة فهى العشرية وذلك ان جمهور العلماء على انه ليس على اهل
الذمة عشر ولا زكاة اصلا فى اموالهم الا ما روى عن طائفة منهم انهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بنى تغلب اعنى انهم
اوجبوا اعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة فى شئ شئ من الاشياء التى تلزم فيها المسلمين الصدقة وممن قال بهذا
القول الشافعى وابو حنيفة واحمد والثورى وهو فعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك فى
ذلك نص فيما حكوا وقد تقدم ذلك فى كتاب الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم فى الاموال التى يتجرون بها الى بلاد
المسلمين بنفس التجارة او بالاذن إن كانوا حربيين أم لا تجب إلا بالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء ان تجار أهل

الذمة الذين لزمتهم بالاقرار في بلادهم الجزية تجب ان يؤخذ منهم مما يجلبونه من بلد الى بلد العشر إلا ما يسوقون الى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في وجوبه بالاذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا وأما أبو حنيفة فاشترط في وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور في كتاب الزكاة وقال الشافعي ليس يجب عليهم عشر أصلا ولا نصف عشر في نفس التجارة ولا في ذلك شئ محدود الا ما اصطلح عليه أو اشترط فعلى هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبي حنيفة يكون جنساً ثالثاً من الجزية غير الصلحية والتي على الرقاب * وسبب اختلافهم انه لم يأت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليها وانما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رآ ان فعل عمر هذا انما فعله بامر كان عنده في ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب أن يكون ذلك سنتهم ومن رآ ان فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم الا بالشرط وحكي أبو عبيد في كتاب الاموال عن رجل من أصحاب النبي عليه السلام لا اذكر اسمه الآن انه قيل له لم كنتم تاخذون العشر من مشركي العرب فقال لانهم كانوا ياخذون منا العشر اذا دخلنا اليهم قال الشافعي وأقل ما يجب ان يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وان شورطوا على أكثر فحسن قال وحكم الحربي إذا دخل بامان حكم الذمي

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي فيما اذا تصرف الجزية فانهم اتفقوا على انها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الفئ عند من رآ انه مصروف الى اجتهاد الامام حتى لقد رآ كثير من الناس ان إسم الفئ إنما ينطلق على الجزية في آية الفئ واذا كان الامر هكذا فالاموال الاسلامية ثلاثة أصناف صدقة وفئ وغنيمة وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب

﴿ كتاب الايمان ﴾

وهذا الكتاب ينقسم أولا الى جملتين . الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان وأحكامها . والجملة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة واحكامها ﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة وتمييزها من غير المباحة . الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة . الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها ﴿ الفصل الاول ﴾ واتفق الجمهور على ان الاشياء منها ما يجوز في الشرع ان يقسم به ومنها ما لا يجوز ان يقسم به واختلفوا أي الاشياء هي الاشياء التي بهذه الصفة فقال قوم ان الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحالف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا ان الايمان المباحة هي الايمان بالله اتفقوا على اباحة الايمان التي باسمائه واختلفوا في الايمان التي بصفاته وأفعاله *وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الاشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر وذلك أن الله قد اقسم في الكتاب باشياء كثيرة مثل قوله والسماء والطارق وقوله والنجم اذا هوى الى غير ذلك من الاقسام الواردة في القرآن وثبت ان النبي عليه السلام قال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت فمن جمع بين الاثر والكتاب بان قال ان الاشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هي الحلف بالله فقط

ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث انما هو ان لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم وان هذا من باب الخاص اريد به العام اجاز الحلف بكل معظم فى الشرع فاذا سبب اختلافهم هو اختلافهم في بناء الاى والحديث واما من منع الحلف بصفات الله وبافعاله فضعيف * فسبب اختلافهم هو هل يقتضى بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط او تعدى الى الصفات والافعال لكن تعليق الحكم فى الحديث بالاسم فقط جمود كثير وهو اشبه بمذهب اهل الظاهر وان كان مرويا فى المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل والحديث نص في مخالفة هذا المذهب

الفصل الثانى

واتفقوا أيضاً على ان الايمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان واختلفوا فيما هى اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها اليمين على الشئ يظن الرجل انه على يقين منه فيخرج الشئ على خلاف ما حلف عليه وقال الشافعي لغو اليمين ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل فى أثناء المخاطبة لا والله لا بالله مما يجرى على الالسنة بالعادة من غير ان يعتقد لزومه وهذا القول رواه مالك فى الموطا عن عائشة والقول الاول مروى عن الحسن بن أبى الحسن وقتادة ومجاهد وابراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو ان يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال اسماعيل القاضى من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية وروى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو ان يحلف الرجل على ان لا ياكل شيئاً مباحا له بالشرع * والسبب في اختلافهم فى ذلك هو الاشتراك الذي فى اسم اللغو وذلك ان اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى والغوا فيه لعلكم تغلبون وقد يكون الكلام الذى لا تنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على ان اللغوى في الآية هو هذا ان هذه اليمين هى ضد اليمين المنعقدة وهى المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشئ المضاد والذين قالوا ان اللغو هو الحلف فى اغلاق أو الحلف على ما لا يوجب الشرع فيه شيئاً بحسب ما يعتقد فى ذلك قوم فانما ذهبوا الى ان اللغو هاهنا يدل على معنى عرفى فى الشرع وهى الايمان التى بين الشرع فى مواضع اخر سقوط حكمها مثل ما روى أنه لا طلاق في اغلاق وما أشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان الاولان أعنى قول مالك والشافعي

الفصل الثالث

وفى هذا الفصل أربع مسائل

المسئلة الاولي

اختلفوا في الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفا على شئ ماض انه كان فلم يكن وهى التى تعرف باليمين الغموس وذلك اذا تعمد الكذب أو على شئ مستقبل انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس فى اليمين الغموس كفارة وانما الكفارة فى الايمان التى تكون فى المستقبل اذا خالف اليمين الحالف وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وقال الشافعى وجماعة يجب فيها الكفارة أى تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقطه في غير الغموس * وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للاثر وذلك أن قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية توجب ان يكون فى اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه السلام من اقتطع حق أمرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب ان اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعى ان يستثنى من الايمان الغموسة مالا يقتطع بها حق الغير وهو الذى ورد فيه النص أو يقول ان الايمان التى يقتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والحنث فوجب الا تكون الكفارة تهدم الامرين جميعاً أو ليس يمكن فيها ان تهدم الحنث دون الظلم لان رفع الحنث بالكفارة

انما هو من باب التوبة وليس يتبعض التوبة فى الذنب الواحد بعينه فان تاب وردّ المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلف العلماء فيمن قال انا كافر بالله أومشرك بالله أو يهودى أو نصراني ان فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعى ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هى يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضاً * وسبب اختلافهم هو اختلافهم فى هل تجوز اليمين بكل ماله حرمة أم ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تنعقد أم لا فمن رأى ان الايمان المنعقدة أعنى التى هي بصيغ القسم انما هى الايمان الواقعة بالله عز وجل وباسمائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمته قال فيها الكفارة لان الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم يجب الا يترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه

﴿المسئلة الثالثة﴾ واتفق الجمهور في الايمان التى ليست اقساما بشئ وانما تخرج مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط مثل ان يقول القائل فان فعلت كذا فعلي مشي الى بيت الله أو ان فعلت كذا وكذا فغلامى حر أو امرأتي طالق انها تلزم فى القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق واختلفوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى أن لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ما حلف عليه أثم ولا بد وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وغيرهم ان هذا الجنس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعتق وقال أبو ثور يكفر من حلف بالعتق وقول الشافعى مروى عن عائشة * وسبب اختلافهم هل هى يمين أو نذر فمن قال انها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية ومن قال انها من جنس النذر أى من جنس الاشياء التى نص الشرع على انه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم اياها ايمانا لكن لعلهم انما سموها ايمانا على طريق التجوز والتوسع والحق انه ليس يجب ان يسمي بحسب الدلالة اللغوية ايمانا فان الايمان فى لغة العرب انها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالاشياء التى تعظم وليست صيغة الشرط هى صيغة اليمين فاما هل تسمى ايمانا بالعرف الشرعى وهل حكمها حكم الايمان ففيه نظر وذلك انه قد ثبت أنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فظاهر هذا انه قد سمي بالشرع القول الذى مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الالزام دون شرط ولا يمين يميناً فيجب ان يحمل على ذلك جميع الاقاويل التى تجرى هذا المجرى الا ما خصصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطى ان النذر ليس بيمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه ليس يلزم مثل هذه الاقاويل أعنى الخارجة مخرج الشرط الا ما الزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا بايمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلى المشى الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف ما لو قال على المشى الى بيت الله لان هذا نذر باتفاق وقد قال عليه السلام من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه * فسبب هذا الخلاف في هذه الاقاويل التى تخرج مخرج الشرط هو هل هى ايمان أو نذر أو ليست ايمانا ولا نذراً فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلفوا فى قول القائل أقسم أو اشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا على ثلاثة أقوال فقيل انه ليس بيمين وهو احد قولى الشافعى وقيل انها ايمان ضد القول الاول وبه قال أبو حنيفة وقيل ان اراد الله بها فهو يمين وان لم يرد الله بها فليست

يمين وهو مذهب مالك *وسبب اختلافهم هو هل المراعي اعتبار صيغة اللفظ او اعتبار مفهومه بالعادة او اعتبار النية فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين اذ لم يكن هنالك نطق بمقسوم به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف ولا بد والله أعلم ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحا للامرين فرق في ذلك كما تقدم ﴿ الجملة الثانية ﴾ وهذه الجملة تنقسم اولا قسمين . القسم الاول النظر في الاستثناء ، والثاني النظر في الكفارات ﴿ القسم الاول ﴾ وفي هذا القسم فصلان . الفصل الاول في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين ، الفصل الثاني في تعريف الايمان التي يؤثر فيها الاستثناء من التي لا يؤثر ﴿ الفصل الاول ﴾ وأجمعوا على أن الاستثناء بالجملة له تاثير في حل الايمان واختلفوا في شروط الاستثناء الذي يجب له هذا الحكم بعد ان أجمعوا على انه إذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط ان يكون متناسقا مع اليمين وملفوظاً به ومقصوداً من أول اليمين انه لا ينعقد معه اليمين واختلفوا في هذه الثلاثة مواضع أعنى إذا فرق الاستثناء من اليمين أو نواه ولم ينطق به أو حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وإن أتى به متناسقاً مع اليمين ﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اشتراط اتصاله بالقسم فان قوما اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعي لا باس بينهما بالسكتة الخفيفة كسكتة الرجل للتذكر أو للتنفس أو لانقطاع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء مالم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء أبداً على ماذكر عنه متى ماذكر وإنما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله في الامر المحلوف على فعله ان كان فعلا أو على تركه ان كان تركا رافع لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث وانما اختلفوا هل يؤثر في اليمين اذا لم توصل بها أو لا يؤثر لاختلافهم هل الاستثناء حال للانعقاد أم هو مانع له فاذا قلنا انه مانع للانعقاد لا حال له اشترط ان يكون متصلا باليمين واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على الاتصال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ماحكينا وقد احتج من رآ انه حال بالقرب بما رواه سعد عن سماك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشاً قالها ثلاث مرات ثم سكت ثم قال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالا بالبعد على مارواه ابن عباس لكان الاستثناء يغني عن الكفارة والذي قالوا بين واما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لابد فيه من اشتراط اللفظ اى لفظ كان من الفاظ الاستثناء وسواء كان بالفاظ الاستثناء او بتخصيص العموم او بتقييد المطلق هذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف الا فقط اى بما يدل عليه لفظ الا وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة *والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ او باللفظ والنية معاً مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك ﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهي هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين . فقيل ايضاً في المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص او من مطلق بتقييد فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقا باليمين * وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد او حال له فان قلنا انه مانع فلابد من

اشتراط

اشتراط حدوث النية فى اول اليمين وان قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد انكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية في اول اليمين للاتفاق زعم على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء ﴿ الفصل الثاني من القسم الاول ﴾ وقد اختلفوا فى الايمان التى يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التى لا يؤثر فيها فقال مالك واصحابه لا تؤثر المشيئة الا فى الايمان التي تكفر وهى اليمين بالله عندهم او النذر المطلق على ما سياتى وأما الطلاق والعتاق فلا يخلوا ان تعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق او العتق فقط مثل ان يقول هى طالق ان شاء الله او عتيق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يميناً وإما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهى طالق ان شاء الله او ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله ﴿ فاما القسم الاول ﴾ فلا خلاف فى المذهب أن المشية غير مؤثرة فيه ﴿ وأما القسم الثانى ﴾ وهو اليمين بالطلاق فى المذهب فيه قولان اصحهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح الذى علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال ابو حنيفة والشافعى الاستثناء يؤثر فى ذلك كله سواء قرنه بالقول الذى مخرجه مخرج الشرط او بالقول الذى مخرجه مخرج الخبر * وسبب الخلاف ماقلناه من ان الاستثناء هل هو حال او مانع فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تاثير له فيه اذ قد وقع الطلاق أعنى اذا قال الرجل لزوجته هي طالق ان شاء الله لان المانع انما يقوم لما لم يقع وهو المستقبل وإن قلنا انه حال للعقود وجب ان يكون له تاثير في الطلاق وإن كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية أن الاستثناء فى هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا ان يعتقدوا ان الاستثناء هو مانع لا حال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله

﴿ القسم الثاني من الجملة الثانية ﴾ وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد . الفصل الاول فى موجب الحنث وشروطه وأحكامه . الفصل الثانى فى رافع الحنث وهى الكفارات . الفصل الثالث متى ترفع وكم ترفع ﴿ الفصل الاول ﴾ واتفقوا على أن موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك امافعل ماحلف على الايفعله واماترك ماحلف على فعله اذا علم انه قد تراخي عن فعل ما حلف على فعله الى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك فى اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف لتاكلن هذا الرغيف فيا كله غيره او الى وقت هو غير الوقت الذى اشترط في وجود الفعل عنه وذلك فى الفعل المشترط فعله في زمان محدود مثل ان يقول والله لافعلن اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة واختلفوا من ذلك في اربعة مواضع . أحدها اذا اتى بالمخالف ناسياً او مكرهاً . والثانى هل يتعلق موجب اليمين باقل ما ينطلق عليه الاسم او بجميعه . والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى المساوى لصيغة اللفظ او بمفهومه المخصص للصيغة والمعمم لها . والموضع الرابع هل اليمين على نية الحالف او المستحلف ﴿ فاما المسئلة الالى ﴾ فان مالكا يرى الساهى والمكره بمنزلة العامد والشافعي يرى الاحنث على الساهى ولا على المكره * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه السلام رفع عن امتى الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخصص كل واحد منهما بصاحبه وأما الموضع الثاني فمثل ان يحلف الا يفعل شيئاً ففعل بعضه اوانه يفعل شيئاً فلم يفعل بعضه فعند مالك انه اذا حلف لياكلن هذا الرغيف فاكل بعضه لا يبرأ الا باكله كله واذا قال لا اكل هذا الرغيف انه يحنث ان اكل بعضه وعند الشافعى وابى حنيفة انه لا يحنث فى الوجهين جميعاً حملا على الاخذ باكثر مايدل عليه الاسم وأما تفريق مالك بين الفعل والترك فلم يجر فى ذلك على اصل واحد لانه

اخذ في الترك باقل ما يدل عليه الاسم وأخذ في الفصل بجميع مايدل عليه الاسم وكانه ذهب الى الاحتياط

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فمثل ان يحلف على شئ بعينه يفهم منه القصد الى معنى اعم من ذلك الشئ الذي لفظ به اواخص اويحلف على شئ وينوى به معنى اعم او اخص او يكون للشئ الذى حلف عليه اسمان أحدهما لغوى والاخر عرفى وأحدهما اخص من الآخر وأما اذا حلف على شئ بعينه فانه لايحنث عند الشافعي وأبي حنيفة الا بالمخالفة الواقعة فى ذلك الشئ بعينه الذى وقع عليه الحلف وان كان المفهوم منه معنى اعم او اخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك ايضاً فيما احسب لايعتبرون النية المخالفة للفظ وإنما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط وأما مالك فان المشهور من مذهبه ان المعتبر اولا عنده فى الايمان التى لايقضى على حالفها بموجبها هو النية فان عدمت فقرينة الحال فان عدمت فعرف اللفظ فان عدم فدلالة اللغة وقيل لايراعى الا النية اوظاهر اللفظ اللغوى فقط وقيل يراعى النية وبساط الحال ولايراعي العرف وأما الايمان التى يقضى بها على صاحبها فانه ان جاء الحالف مستفتياً كان حكمه حكم اليمين التى لايقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الاشياء فيها على هذا الترتيب وان كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها الا اللفظ الا ان يشهد لما يدعي من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال اوالعرف

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ فانهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف فى الدعاوى واختلفوا فى غير ذلك مثل الايمان على المواعد فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية المستحلف وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اليمين على نية المستحلف وقال عليه السلام يمينك على مايصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال اليمين على نية الحالف فانما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لاظاهر اللفظ وفى هذا الباب فروع كثيرة لكن هذه المسائل الاربع هى اصول هذا الباب اذ يكاد ان يكون جميع الاختلاف الواقع في هذا الباب راجعاً الى الاختلاف فى هذه وذلك فى الاكثر مثل اختلافهم فيمن حلف الايا كل رءوساً فاكل رءوس حيتان هل يحنث ام لا فمن راعي العرف قال لايحنث ومن راعى دلالة اللغة قال يحنث ومثل اختلافهم فيمن حلف ان لايا كل لحماً فاكل شحماً فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقى قال لايحنث ومن رآ ان اسم الشئ قد ينطلق على ما يتولد منه قال يحنث وبالجملة فاختلافهم في المسائل الفروعية التى فى هذا الباب هى راجعة الى اختلافهم فى هذه المسائل التى ذكرنا وراجعة الى اختلافهم في دلالات الالفاظ التى يحلف بها وذلك أن منها ماهى مجملة ومنها ماهى ظاهرة ومنها ماهى نصوص

﴿ الفصل الثانى ﴾ واتفقوا على ان الكفارة فى الايمان هى الاربعة الانواع التى ذكر الله فى كتابه في قوله تعالى فكفارته الآية وجمهورهم على أن الحالف اذا حنث مخير بين الثلاثة منها أعنى الاطعام اوالكسوة اوالعتق وانه لايجوز له الصيام الا اذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام الا ماروى عن ابن عمر انه كان اذا غلظ اليمين اعتق اوكسا واذا لم يغلظها اطعم فاختلفوا من ذلك فى سبعة مسائل مشهورة

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فى مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين الثانية فى جنس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها الثالثة فى اشتراط التتابع فى صيام الثلاثة الايام اولا اشتراطه الرابعة في اشتراط العدد فى المساكين الخامسة فى اشتراط الاسلام فيهم والحرية السادسة فى اشتراط السلامة في الرقبة المعتقة من العيوب السابعة فى اشتراط الايمان فيها

﴿ المسئلة الاولي ﴾

أما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعى واهل المدينة يعطى لكل مسكين مد من حنطة بمد النبى صلى الله عليه وسلم

الا ان مالكا قال المد خاص باهل المدينة فقط لضيق معايشهم وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم يجزى المد فى كل مدينة مثل قول الشافعى وقال ابو حنيفة واصحابه يعطيهم نصف صاع من حنطة او صاعا من شعير او تمر قال فان غداهم وعشاهم اجزأه * والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى تاويل قوله تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم هل المراد بذلك اكلة واحدة او قوت اليوم وهو غداء وعشاء فمن قال اكلة واحدة قال انه وسط فى الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمداً فى رمضان وبين كفارة الاذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مد واحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز فى ذلك ادام ام لا فان كان فما هو الوسط فيه فقيل يجزى الخبز قفاراً وقال ابن حبيب لا يجزى وقيل الوسط من الادام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر واختلف اصحاب مالك من الاهل الذين اضاف اليهم الوسط من الطعام فى قوله تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم فقال اهل المكفر وعلى هذا انما يخرج الوسط من الشئ الذى منه يعيش ان قطنية فقطنية وإن حنطة فحنطة وقيل بل هم اهل البلد الذى هو فيه وعلى هذا فالمعتبر فى اللازم له هو الوسط من عيش اهل البلد لا من عيشه أعنى الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعنى الوسط من قدر ما يطعم اهله او الوسط من قدر ما يطعم اهل البلد اهليهم إلا فى المدينة خاصة

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى الجازى من الكسوة فان مالكا رآ ان الجازى فى ذلك هو ان يكسى ما يجزى فيه الصلاة فان كسا الرجل كسا ثوبا وإن كسا النساء كسا ثوبين درعا وخماراً وقال الشافعي وأبو حنيفة يجزي فى ذلك اقل ما ينطلق عليه الاسم ازار او قميص او سراويل او عمامة وقال ابو يوسف لا تجزى العمامة ولا السراويل * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل دلالة الاسم اللغوى او المعنى الشرعي

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى اختلافهم فى اشتراط تتابع الايام الثلاثة فى الصيام فان مالكا والشافعى لم يشترطا فى ذلك وجوب التتابع وإن كانا استحباه واشترط ذلك ابو حنيفة * وسبب اختلافهم فى ذلك شيئان : أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التى ليست فى المصحف وذلك ان فى قراءة عبد الله بن مسعود فصيام ثلاثة ايام متتابعات . والسبب الثانى اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع ام ليس يحمل إذ كان الاصل فى الصيام الواجب بالشرع انما هو التتابع ﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾

وهي اشتراط العدد فى المساكين فان مالكا والشافعى قالا لا يجزيه الا ان يطعم عشرة مساكين وقال ابو حنيفة ان اطعم مسكيناً واحداً عشرة ايام اجزأه * والسبب فى اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور او حق واجب على المكفر فقدر بالعدد المذكور فان قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلابد من اشتراط العدد وإن قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد اجزأ من ذلك اطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي اشتراط الاسلام والحرية فى المساكين فان مالكا والشافعى اشترطاها ولم يشترط ذلك ابو حنيفة * وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط او بالاسلام إذ كان السمع قد انبأ انه يثاب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الاسلام فى المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التى تكون عن تطوع اجاز ان يكونوا غير مسلمين * وأما سبب اختلافهم في العبيد هو هل يتصور فيهم وجود الفقر ام لا إذ كانوا مكفيين من

ساداتهم في غالب الاحوال اومن يجب ان يكفوا فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والاحرار سواء اذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد القيام بهم ويقضى بذلك عليه وان كان معسراً قضى عليه بيعه فليس يحتاجون الى المعونة بالكفارات وما جري مجراها من الصدقات ﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهى هل من شرط الرقبة ان تكون سليمة من العيوب فان فقهاء الامصار شرطوا ذلك اعنى العيوب المؤثرة فى الاثمان وقال اهل الظاهر ليس ذلك من شرطها * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل مايدل عليه الاسم اوباتم مايدل عليه

﴿وأما المسئلة السابعة﴾ وهى اشتراط الايمان في الرقبة ايضاً فان مالكا والشافعى اشترطا ذلك وأجاز ابوحنيفة ان تكون الرقبة غير مومنة * وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على المقيد فى الاشياء التى تتفق فى الاحكام وتختلف فى الاسباب كحكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد في ذلك قال باشتراط الايمان فى ذلك حملا على اشتراط ذلك فى كفارة الظهار فى قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة ومن قال لايحمل وجب عنده ان يبقى موجب اللفظ على اطلاقه

﴿الفصل الثالث﴾ وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فانهم اختلفوا فى ذلك فقال الشافعى إذا كفر بعد الحنث اوقبله فقد ارتفع الاثم وقال ابوحنيفة لايرتفع الحنث الا بالتكفير الذي يكون بعد الحنث لاقبل وروى عن مالك فى ذلك القولان جميعاً * وسبب اختلافهم شيئان . أحدهما اختلاف الرواية في قوله عليه السلام من حلف على يمين فرأ غيرها خيرامنها فليات الذى هو خير وليكفر عن يمينه فان قوماً رووه هكذا وقوم رووه فليكفر عن يمينه وليات الذي هو خير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية أنها بعد الحنث * والسبب الثانى اختلافهم فى هل يجزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه من الظاهر أن الكفارة انما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل ان يقول ان الكفارة إنما تجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال فى كفارة الظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع اومانعة له فمن قال مانعة اجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يجزها الا بعد وقوعه وأما تعدد الكفارات بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على امور شتى بيمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما احسب لاخلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شئ واحد ان الكفارات الواجبة فى ذلك بعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على اشياء شتى واختلفوا إذا حلف على شئ واحد بعينه مراراً كثيرة فقال قوم فى ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم فى كل يمين كفارة الاان يريد التاكيد وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الاان يريد التغليظ * وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس او بالعدد فمن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كرر ومن قال اختلافها بالجنس قال فى هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف فى يمين واحدة باكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تتعدد الكفارات بتعدد الصفات التى تضمنت اليمين ام فى ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة فى هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان اراد الكلام الاول وجاء بذلك علي انه قول واحد فكفارة واحدة اذ كانت يميناً واحدة والسبب فى اختلافهم هل مراعاة الوحدة اوالكثرة فى اليمين هو راجع الى صيغة القول اوالى

تعدد

تعدد الاشياء التي يشتمل عليها القول الذي مخرجه مخرج يمين فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول من الاشياء التي يمكن ان يقسم بكل واحد منها على انفراده قال الكفارة متعددة بتعددها وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف والله المعين برحمته

كتاب النذور

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في اصناف النذور . الفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجملة احكامها ، الثالث في معرفة الشئ الذي يلزم عنها واحكامها

الفصل الاول

والنذور تنقسم اولا قسمين قسم من جهة الاشياء التي تنذر وقسم من جهة اللفظ فاما من جهة اللفظ فانه ضربان مطلق وهو المخرج مخرج الخبر ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين مصرح فيه بالشئ المنذور به وغير مصرح فالاول مثل قول القائل لله على نذر ان احج والثانى مثل قوله لله على نذر دون ان يصرح بمخرج النذر والاول ربما صرح فيه بلفظ النذور وربما لم يصرح فيه به مثل ان يقول لله على ان احج وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل ان كان كذا فعلي لله نذر كذا وان افعل كذا وهذا ربما علقه بفعل من افعال الله مثل ان يقول ان شفى الله مريضى فعلى نذر كذا وكذا وربما علقه بفعل نفسه مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلى نذر كذا وهذا هو الذى يسميه الفقهاء ايمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست بايمان فهذه هى اصناف النذر من جهة الصيغ وأما اصنافه من جهة الاشياء التى من جنس المعاني المنذور بها فانها تنقسم الي اربعة اقسام نذر باشياء من جنس القرب ونذر باشياء من جنس المعاصى ونذر باشياء من جنس المكروهات ونذر باشياء من جنس المباحات وهذه الاربعة تنقسم قسمين نذر بتركها ونذر بفعلها

الفصل الثانى

وأما ما يلزم من هذه النذور وما لا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق في القرب الا ما حكى عن بعض اصحاب الشافعى ان النذر المطلق لا يجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المطلق اذا كان على وجه الرضا لا على وجه التحارج وصرح فيه بلفظ النذر لا إذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحا فيه بالشئ المنذور او كان غير مصرح وكذلك اجمعوا على لزوم النذر الذى مخرجه مخرج الشرط اذا كان نذراً بقربة وإنما صاروا لوجوب النذر لعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ولان الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر واخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية الى قوله بما كانوا يكذبون * والسبب فى اختلافهم في التصريح بلفظ النذر في النذر المطلق هو اختلافهم في هل يجب النذر بالنية واللفظ معاً اوبالنية فقط فمن قال بهما معاً إذا قال لله على كذا وكذا ولم يقل نذراً لم يلزمه شئ لانه اخبار بوجوب شئ لم يوجبه الله عليه الا ان يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينعقد النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك أعني انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم وان كان من مذهبه ان النذر لا يلزم الا بالنية واللفظ لكن رآ ان حذف لفظ النذر من القول غير معتبر اذ كان المقصود بالاقاويل التى مخرجها مخرج النذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه ان يكون من لم ير لزوم النذور المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل الامر بالوفاء على الندب وكذلك من اشترط فيه الرضا فانما اشترطه لان القربة انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي وأما مالك فالنذر عنده لازم له على أى جهة وقع فهذا ما اختلفوا فى لزومه من جهة اللفظ وأما ما اختلفوا فى لزومه من جهة الاشياء المنذور

بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتان ﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعى وجمهور العلماء ليس يلزمه فى ذلك شئ وقال ابو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لافعل المعصية * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب وذلك انه روى فى هذا الباب حديثان . أحدهما حديث عائشة عن النبى عليه السلام انه قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصى الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لا يلزم النذر بالعصيان ، والحديث الثاني حديث عمران بن حصين وحديث ابي هريرة الثابت عن النبى عليه السلام انه قال لا نذر فى معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص فى معنى اللزوم فمن جمع بينهما في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لا تلزم وهذا الثاني تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذلم يصح عنده حديث عمران وأبى هريرة قال ليس يلزم فى المعصية شئ ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين اوجب فى ذلك كفارة يمين قال ابو عمر بن عبد البر ضعف اهل الحديث حديث عمران وأبي هريرة قالوا لان حديث ابى هريرة يدور على سليمان بن ارقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن ابيه وأبوه مجهول لم يروعنه غيرابنه وزهير ايضاً عنده مناكير ولكنه خرجه مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية ان يحتجوا لمالك فى هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائماً في الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر الا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فامره ان يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد اخبر الله تعالى انه نذر مريم وكذلك يشبه ان يكون القيام فى الشمس ليس بمعصية الا ما يتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص فالاصل فيه انه من المباحات ﴿ المسئلة الثانية ﴾ واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئاً من المباحات فقال مالك لا يلزم ماعدا الزوجة وقال اهل الظاهر ليس في ذلك شئ وقال ابو حنيفة في ذلك كفارة يمين *وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى يا أيها النبيء لم تحرم ما احل الله لك تبتغي مرضات ازواجك وذلك أن النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي أعني من تحريم محلل او تحليل محرم وذلك أن التصرف فى هذا انما هو للشارع فوجب ان يكون لمكان هذا المفهوم ان من حرم على نفسه شيئاً اباحه الله له بالشرع انه لا يلزمه كما لا يلزم ان نذر تحليل شئ حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم أثر العتب على التحريم يوجب ان تكون الكفارة تحل هذا العقد وإذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الاولى تأولت التحريم المذكور في الآية انه كان العقد بيمين وقد اختلف فى الشئ الذى نزلت فيه هذه الآية وفي كتاب مسلم ان ذلك كان فى شربة عسل وفيه عن ابن عباس انه قال اذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال لقد كان لكم فى رسول الله إسوة حسنة ﴿ الفصل الثالث ﴾ وأما اختلافهم فيما ذا يلزم في نذر من النذور واحكام ذلك فان فيه اختلافا كثيراً لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل فى ذلك وهى التى تتعلق اكثر ذلك بالنطق الشرعى على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس

﴿ المسئلة الاولي ﴾ اختلفوا فى الواجب فى النذر المطلق الذى ليس يعين فيه الناذر شيئاً سوى ان يقول لله على نذر فقال كثير من العلماء فى ذلك كفارة يمين لا غير وقال قوم بل فيه كفارة الظهار وقال

قوم اقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم او صلاة ركعتين وإنما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر انه قال عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين خرجه مسلم وأما من قال صيام يوم اوصلاة ركعتين فانما ذهب مذهب من يرى ان المجزى اقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين او صيام يوم اقل ماينطلق عليه اسم النذر وأما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس والسماع

﴿المسئلة الثانية﴾ اتفقوا على لزوم النذر بالمشى الى بيت الله أعنى اذا نذر المشى راجلا واختلفوا إذا عجز فى بعض الطريق فقال قوم لاشئ عليه وقال قوم عليه واختلفوا فيماذا عليه على ثلاثة اقوال فذهب اهل المدينة إلى أن عليه ان يمشى مرة اخرى من حيث عجز وان شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروى عن على وقال اهل مكة عليه هدى دون اعادة مشى وقال مالك عليه الامران جميعاً يعنى انه يرجع فيمشى من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده بدنة اوبقرة اوشاة ان لم يجد بقرة اوبدنة *وسبب اختلافهم منازعة الاصول لهذه المسئلة ومخالفة الاثر لها وذلك أن من شبه العاجز اذا مشى مرة ثانية بالمتمتع والقارن من اجل ان القارن فعل ما كان عليه فى سفرين فى سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه فى سفر واحد فى سفرين قال يجب عليه هدى القارن او المتمتع بسائر الافعال التى تنوب عنها فى الحج اراقة الدم قال فيه دم ومن اخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال اذا عجز فلاشئ عليها قال ابو عمر والسنن الواردة الثابتة فى هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال واحدها حديث عقبة بن عامر الجهنى قال نذرت اختي ان تمشى الى بيت الله عز وجل فامرتنى ان استفتى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيت لها النبى صلى الله عليه وسلم فقال لتمش ولتركب خرجه مسلم وحديث انس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يهادى بين ابنتيه فسألوه عنه فقالوا نذر ان يمشى فقال عليه السلام ان الله لغني عن تعذيب هذا نفسه وأمره ان يركب وهذا ايضاً ثابت

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشى فى حج اوعمرة فيمن نذر ان يمشى الى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم أو الى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشي وقال ابو حنيفة لايلزمه شئ وحيث صلى اجزأه وكذلك عنده ان نذر الصلاة فى المسجد الحرام وإنما وجب عنده المشى بالنذر إلى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال ابو يوسف صاحبه من نذر ان يصلى فى بيت المقدس اوفى مسجد النبى عليه السلام لزمه وان صلى فى البيت الحرام اجزأه عن ذلك وأكثر الناس على أن النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله عليه السلام لا تسرج المطى الا لثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس الى أن النذر الى المساجد التى يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج فى ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التى نذرت ان تمشى الى مسجد قباء فماتت ان تمشى عنها * وسبب اختلافهم فى النذر الى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذى اليه تسرج المطى الي هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع الصلاة الفرض أعنى فيما عدا البيت الحرام اولموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لاينذر إذ كان واجباً بالشرع قال النذر بالمشى الى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب اوانه ايضاً قد يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه السلام صلاة فى مسجدى هذا افضل من الف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب لكن أبو حنيفة حمل هذا الحديث

على الفرض مصيراً الى الجمع بينه وبين قوله عليه السلام صلاة احدكم في بيته افضل من صلاته في مسجدي هذا الا المكتوبة والاوقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هي ان تكون من الباب الثاني احق ان تكون من هذا الباب ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واختلفوا في الواجب على من نذر ان ينحر ابنه في مقام ابراهيم فقال مالك ينحر جزوراً فداء له وقال أبو حنيفة ينحر شاة وهو ايضاً مروى عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدى ديته وروى ذلك عن على وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الليث وقال ابو يوسف والشافعي لاشئ عليه لانه نذر في معصية ولا نذر في معصية * وسبب اختلافهم قضية ابراهيم عليه السلام أعني هل ماتقرب به ابراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بلازم فمن رآ أن ذلك شرع خص به ابراهيم قال لا يلزم النذر ومن رآ انه لازم لنا قال النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق الى هذا خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل انه كان خاصاً بابراهيم ولم يكن شرعا لاهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغي ان يختلف هل هو شرع لنا ام ليس بشرع والذين قالوا انه شرع انما اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم ايضاً في هل يحمل الواجب في ذلك على الواجب على ابراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بديته واما حج به واما هدى بدنة وأما الذين قالوا مائة من الابل فذهبوا الى حديث عبد المطلب

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واتفقوا على أن من نذر ان يجعل ماله كله في سبيل الله او في سبيل من سبل البر انه يلزمه وانه ليس ترفعه الكفارة وذلك اذا كان نذراً على جهة الخبر لا على جهة الشرط وهو الذى يسمونه يميناً واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل ان يقول مالى للمساكين ان فعلت كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك في النذور التى صيغها هذه الصيغة أعني انه لا كفارة فيه وقال قوم الواجب في ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعى في النذور التى مخرجها مخرج الشرط لانه الحقها بحكم الايمان وأما مالك فالحقها بحكم النذور على ماتقدم من قولنا في كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذى اعتقدوه اختلفوا في الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم النخعى وزفر وقال ابو حنيفة يخرج جميع الاموال التى تجب الزكاة فيها وقال بعضهم ان اخرج مثل زكاة ماله اجزأه وفي المسئلة قول خامس وهو ان كان المال كثيراً اخرج خمسه وإن كان وسطاً اخرج سبعه وإن كان يسيراً اخرج عشره وحد هؤلاء الكثير بالفين والوسط بالف والقليل بخمس مائة وذلك مروى عن قتادة * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعني من قال المال كله او ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب للاثر وذلك أن ما جاء في حديث ابى لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد ان يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث هو نص في مذهب مالك وأما الاصل فيوجب ان اللازم له إنما هو جميع ماله حملا على سائر النذر أعني انه يجب الوفاء به على الوجه الذى قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناها النص الا أن مالكا لم يلزم في هذه المسئلة اصله وذلك انه قال ان حلف او نذر شيئاً معيناً لزمه وان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزءاً من ماله وهو اكثر من الثلث وهذا مخالف لنص مارواه في حديث ابي لبابة وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى جاء بمثل بيضة من ذهب فقال اصبت هذا من معدن فخذها فهي صدقة ما املك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه

عن

عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فاخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخذفه بها فلو اصابه بها لاوجعه وقال عليه السلام ياتي احدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في انه لا يلزم المال المعين إذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالك لم تصح عنده هذه الآثار واما سائر الاقاويل التي قيلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حد في ذلك غير الثلث وهذا القدر كاف في اصول هذا الكتاب

كتاب الضحايا

وهذا الكتاب في اصوله أربعة أبواب. الباب الاول في حكم الضحايا ومن المخاطب بها. الباب الثاني في أنواع الضحايا وصفاتها واسنانها وعددها. الباب الثالث في احكام الذبح الباب الرابع في احكام لحوم الضحايا

الباب الاول

اختلف العلماء في الاضحية هل هي واجبة أم هي سنة فذهب مالك والشافعي الى انها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج في تركها بمنى ولم يفرق الشافعي في ذلك بين الحاج وغيره وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الامصار الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول أبي حنيفة * وسبب اختلافهم شيئان أحدهما هل فعله عليه السلام في ذلك محمول على الوجوب أو على الندب وذلك انه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيما روى عنه حتى في السفر على ماجاء في حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم اضحيته ثم قال أبو ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم ازل اطعمه منها حتى قدم المدينة والسبب الثاني اختلافهم في مفهوم الاحاديث الواردة في احكام الضحايا وذلك انه ثبت عنه عليه السلام من حديث ام سلمة انه قال اذا دخل العشر فاراد أحدكم ان يضحي فلا يأخذ من شعره شيئاً ولا من اظفاره قالوا فقوله اذا أراد أحدكم ان يضحي فيه دليل على ان الضحية ليست بواجبة ولما أمر عليه السلام لابي بردة باعادة اضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس الاوجوب قال عكرمه بعثني ابن عباس بدرهمين اشترى بهما له لحماً وقال من لقيت فقل له هذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال انه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد في الغرض الذي يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف واختلفوا هل يلزم الذي يريد التضحية ان يأخذ في العشر الاول من شعره وأظفاره والحديث بذلك ثابت

الباب الثاني

وفي هذا الباب أربع مسائل مشهورة احداها في تميز الجنس. والثانية في تميز الصفات، والثالثة في معرفة السن، والرابعة في العدد

المسئلة الاولى

اجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام واختلفوا في الافضل من ذلك فذهب مالك الى ان الافضل في الضحايا الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الامر عنده في الهدايا وقد قيل عنه الابل ثم البقر ثم الكباش وذهب الشافعي الى عكس ماذهب اليه مالك في الضحايا الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال اشهب وابن شعبان * وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل وذلك انه لم يرو عنه عليه السلام انه ضحي الا بكبش فكان ذلك دليلا على ان الكباش في الضحايا أفضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفي البخاري عن ابن عمر مايدل على خلاف ذلك وهو انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى واما القياس فلان الضحايا قربة بحيوان فوجب ان يكون الافضل فيها الافضل في الهدايا وقد احتج الشافعي لمذهبه بعموم قوله عليه السلام من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكانما قرب كبشاً الحديث فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان واما مالك فحمله على الهدايا فقط لئلا يعارض الفعل

القول وهو الاولى وقد يمكن ان يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذى فدى به ابراهيم سنة باقية الى اليوم وانها الاضحية وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه في الآخرين فمن ذهب الى هذا قال الكباش أفضل ومن رأ ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على ان الكباش افضل مع انه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالامرين جميعاً واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعي وكلهم مجمعون على انه لا تجوز الضحية بغير بهيمة الانعام الا ما حكي عن الحسن بن صالح انه قال تجوز التضحية ببقرة الوحش عن سبعة والظبي عن واحد

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها فى الضحايا والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى مصيراً لحديث البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقي من الضحايا فاشار بيده وقال اربع وكان البراء يشير بيده ويقول يدى اقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وكذلك اجمعوا على ان ما كان من هذه الاربع خفيفاً فلا تاثير له فى منع الاجزاء واختلفوا فى موضعين احدهما فيما كان من العيوب اشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى وكسر الساق والثانى فيما كان مساويا لها فى افادة النقص وشينها اعنى ما كان من العيوب فى الاذن والعين والذنب والضرس وغير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيراً فاما الموضع الاول فان الجمهور على ان ما كان اشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهى احرى ان تمنع الاجزاء وذهب اهل الظاهر الى انه لا تمنع الاجزاء ولا تجتنب بالجملة اكثر من هذه العيوب التى وقع النص عليها * وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص اريد به الخصوص او خاص اريد به العموم فمن قال اريد به الخصوص ولذلك اخبر بالعدد قال لا يمنع الاجزاء الا هذه الاربعة فقط ومن قال هو خاص اريد به العموم وذلك من النوع الذى يقع فيه التنبيه بالادنى على الاعلى قال ما هو اشد من المنصوص عليها فهو احرى الا يجزى واما الموضع الثانى اعنى ما كان من العيوب في سائر الاعضاء مفيداً للنقص على نحو افادة هذه العيوب المنصوص عليها له فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال احدها انها تمنع الاجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك في الكتب المشهورة والقول الثانى انها لا تمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من اصحاب مالك والقول الثالث انها لا تمنع الاجزاء ولا يستحب تجنبها وهو قول اهل الظاهر * وسبب اختلافهم شيئان احدها اختلافهم في مفهوم الحديث المتقدم والثاني تعارض الآثار فى هذا الباب اما الحديث المتقدم فمن رآه من باب الخاص اريد به الخاص قال لا يمنع ما سوى الاربع مما هو مساولها او أكثر منها واما من رآه من باب الخاص اريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده انه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق بهذه الاربع ما كان اشد منها ولا يلحق بها ما كان مساويا لها فى منع الاجزاء الاعلى وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الامرين جميعاً اعني على ما هو اشد من المنطوق به او مساوياله قال تمنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها الاجزاء كما يمنعه العيوب التى هى اكبر منها فهذا هو احد اسباب الخلاف في هذه المسئلة وهو من قبل تردد اللفظ بين ان يفهم منه المعنى الخاص او المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فاى عام هو هل الذى هو اكثر من ذلك او الذى هو اكثر والمساوى معاً على المشهور من مذهب مالك * واما السبب الثاني فانه ورد في هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النساءى عن ابى بردة انه قال يارسول الله اكره النقص يكون فى القرن والاذن فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما كرهته فدعه ولا تحرمه على

غيرك وذكر علي بن ابى طالب قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا يضحى بشرقاء ولا خرقاء ولا مدابرة ولا بتراء والشرقاء المشقوقة الاذن والخرقاء المثقوبة الاذن والمدابرة التى قطع من جنبتى اذنها من خلف فمن رجح حديث ابي بدرة قال لا يتقى الا العيوب الاربع اوماهو اشد منها ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث ابى بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث على على الكثير الذي هو بين الحق بحكم المنصوص عليها ما هو مساويا لها ولذلك جرى اصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر فى ذهاب الاسنان واطباء الثدى واما القرن فان مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيباً الا ان يكون يدمى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف فى ان المرض البين يمنع الاجزاء وخرج ابوداود ان النبى عليه السلام نهى عن اعضب الاذن والقرن واختلفوا فى الصكا وهى التى خلقت بلا اذنين فذهب مالك والشافعي الى انها لا تجوز وذهب ابوحنيفة الى انه اذا كان خلقة جاز كالاجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كلها او اكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ما قدمنا واختلفوا فى الابتر فقوم اجازوه لحديث جابر الجعفى عن محمد بن قرظة عن ابى سعيد الخدرى انه قال اشتريت كبشاً لاضحى به فاكل الذيب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح به وجابر عند اكثر المحدثين لا يحتج به وقوم ايضاً منعوه لحديث على المتقدم

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى معرفة السن المشترطة في الضحايا فانهم اجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المعز بل الثنى فما فوقه لقوله عليه السلام لابى بردة لما امره بالاعادة يجزيك ولا يجزى جذع عن احد غيرك واختلفوا في الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثنى من الضأن * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خرجه مسلم والعموم هو ما جاء فى حديث ابى بردة بن دينار خرجه من قوله عليه السلام ولا تجزى جذعة عن احد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب ابى محمد بن حزم في هذه المسئلة لانه زعم ان ابا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم هو من ليس يجرى العنعنة من قوله مجرى السند ليسامحه فى ذلك وحديث ابى بردة لا مطعن فيه واما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ما ماهو المشهور عند جمهور الاصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المنصوص عليها وهو الاولى وقد صحح هذا الحديث ابوبكر بن صفور وخطا ابو محمد بن حزم فيما نسب الى ابى الزبير فى غالب ظنى فى قوله رد فيه على ابن حزم

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهى عدد ما يجزي من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك يجوز ان يذبح الرجل الكبش او البقرة او البدنة مضحياً عن نفسه وعن اهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا واجاز الشافعى وابوحنيفة وجماعة ان ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحياً اومهديا واجمعوا على ان الكبش لا يجزى الا عن واحد الا ما رواه مالك من انه يجزى ان يذبحه الرجل عن نفسه وعن اهل بيته لا على جهة الشركة بل اذا اشتراه مفرداً وذلك لما روى عن عائشة انها قالت كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ماهو فقالوا ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ازواجه وخالفه فى ذلك أبوحنيفة والثورى على وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء * وسبب اختلافهم معارضة الاصل فى ذلك للقياس المبنى على الاثر الوارد فى الهدايا وذلك ان الاصل هو الا يجزى الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على

منع الاشتراك فى الضأن وانما قلنا ان الاصل هو الايجزى الا واحد عن واحد لان الامر بالتضحية لا يتبعض اذ كان من كان له شرك فى ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح الا ان قام الدليل الشرعى على ذلك واما الاثر الذى انبنى عليه القياس المعارض لهذا الاصل فماروى عن جابر انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبع وفى بعض روايات الحديث سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة فقاس الشافعى وابو حنيفة الضحايا فى ذلك على الهدايا واما مالك فرجح الاصل على القياس المبنى على هذا الاثر لانه اعتل لحديث جابر بان ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدى المحصر بعدو ليس هو عنده واجباً وانما هو تطوع وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك فى الهدى الواجب لكن على القول بان الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم انه لا يجوز الاشتراك لا فى هدى تطوع ولا فى هدى وجوب وهذا كانه رد للحديث لمكان مخالفته للاصل فى ذلك واجمعوا على انه لا يجوز ان يشترك فى النسك اكثر من سبعة وان كان قد روى من حديث رافع بن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره البدنة عن عشرة وقال الطحاوى واجماعهم على انه لا يجوز ان يشترك فى النسك اكثر من سبعة دليل على ان الاثار فى ذلك غير صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل اهل بيته فى اضحيته اوهديه لما رواه عن ابن شهاب انه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل بيته الا بدنة واحدة اوبقرة واحدة وانما خولف مالك فى الضحايا فى هذا المعنى أعني فى التشريك لان الاجماع انعقد على منع التشريك فيه فى الاجانب فوجب ان يكون الاقارب فى ذلك فى قياس الاجانب وانما فرق مالك فى ذلك بين الاجانب والاقارب لقياسه الضحايا على الهدايا وفى الحديث الذى احتج به اعني حديث ابن شهاب فاختلافهم فى هذه المسئلة اذا راجع الى تعارض الاقيسة فى هذا الباب أعنى اما الحاق الاقارب بالاجانب واما قياس الضحايا على الهدايا ﴿الباب الثالث﴾ ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر فى الوقت والذبح اما الوقت فانهم اختلفوا فيه فى ثلاثة مواضع فى ابتدائه وفى انتهائه وفي الليل المتخلل له فاما في ابتدائه فانهم اتفقوا على ان الذبح قبل الصلاة لا يجوز لثبوت قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فانما هى شاة لحم وامره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله اول ما نبدا به فى يومنا هذا هو ان نصلى ثم نحر الى غير ذلك من الاثار الثابتة التى في هذا المعنى واختلفوا فى من ذبح قبل ذبح الامام وبعد الصلاة فذهب مالك الى انه لا يجوز لاحد ذبح اضحيته قبل ذبح الامام وقال ابو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الامام * وسبب اختلافهم اختلاف الاثار فى هذا الباب وذلك انه جاء فى بعضها ان النبي عليه السلام امر لمن ذبح قبل الصلاة ان يعيد الذبح وفى بعضها انه امر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد خرج هذا الحديث الذى فيه هذا المعنى مسلم فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام فى جواز الذبح ومن جعل ذلك موطنا واحداً قال انما يعتبر فى اجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية فى حديث ابى بردة بن دينار وذلك ان فى بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فامر له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفى بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوى انه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الاخر ذبح قبل الصلاة علي موطن واحد اولي وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر فى عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء فى الاثار الثابتة فى ذلك من حديث انس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تاصيل هذا الحكم منه صلى الله

عليه

عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يجزى لانه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق باجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له إمام من أهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح اقرب الايمة اليهم وقال الشافعي يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر اجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو إذا لم يذبح الامام في المصلى فقال قوم يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك وأما آخر زمان الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من ايام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو في الأيام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى اربعة ايام يوم النحر وثلاثة ايام بعده وروى عن جماعة انهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاذ لا دليل عليه وكل هذه الاقاويل مروية عن السلف * وسبب اختلافهم شيئان أحدهما اختلافهم في الايام المعلومات ماهى فى قوله تعالى ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله فى ايام معلومات على مارزقهم من بهيمة الانعام فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول من ذى الحجة * والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب فى هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه السلام انه قال كل فجاج مكة منحر وكل ايام التشريق ذبح فمن قال فى الايام المعلومات انها يوم النحر ويومان بعده فى هذه الآية ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لا نحر الا فى هذه الايام ومن رآ الجمع بين الحديث والآية وقال لا معارضة بينهما اذ الحديث اقتضى حكماً زائداً على مافي الآية مع ان الآية ليس المقصود منها تحديد ايام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذ كان باتفاق من ايام التشريق ولا خلاف بينهم ان الايام المعدودات هى ايام التشريق وانها ثلاثة بعد يوم النحر الا ماروى عن سعيد بن جبير انه قال يوم النحر من ايام التشريق وانما اختلفوا فى الايام المعلومات على القولين المتقدمين واما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هى العشر الاول قال واذا كان الاجماع قد انعقد انه لا يجوز الذبح منها الا في اليوم العاشر وهى محل الذبح المنصوص عليها فواجب ان يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط

واما المسئلة الثالثة

وهي اختلافهم فى الليالى التى تتخلل ايام النحر فذهب مالك فى المشهور عنه الى انه لا يجوز الذبح في ليالى ايام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي وجماعة الى جواز ذلك * وسبب اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم اليوم وذلك ان مرة يطلقه العرب على النهار والليلة مثل قوله تعالى فتمتعوا في داركم ثلاثة ايام ومرة يطلقه على الايام دون الليالى مثل قوله تعالى سخرها عليهم سبع ليال وثمانية ايام حسوما فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار فى قوله تعالى ليذكروا اسم الله فى ايام معلومات قال يجوز الذبح بالليل والنهار فى هذه الايام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم اظهر في احدهما من الثاني ويشبه ان يقال انه اظهر فى النهار منه فى الليل لكن ان سلمنا ان دلالته في الآية هى على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل الا بنحو ضعيف من ايجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من انواع دليل الخطاب هو من اضعفها حتى انهم قالوا ماقال به احد من المتكلمين الا الدقاق فقط الا ان يقول قائل ان الاصل

هو الحظر فى الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل واما الذبح فان العلماء استحبوا ان يكون المضحى هو الذى يلى ذبح اضحيته بيده واتفقوا على انه يجوز ان يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل تجوز الضحية ان ذبحها غيره بغير اذنه فقيل لا تجوز وقيل بالفرق بين ان يكون صديقا او ولداً او اجنبياً اعنى انه يجوزان كان صديقا او ولداً ولم يختلف المذهب فيما احسب انه ان كان اجنبياً انها لا تجوز

﴿البـــاب الرابع فى أحكام لحوم الضحايا﴾ واتفقوا على ان المضحى مامور ان يا كل من لحم اضحيته ويتصدق لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا كلوا وتصدقوا وادّخروا واختلف مذهب مالك هل يومر بالاكل والصدقة معاً ام هو مخير بين ان يفعل احد الامرين فقال مالك ليس له ان يفعل احد الامرين اعنى ان يا كل الكل اويتصدق بالكل وقال ابن المواز له ان يفعل احد الامرين واستحب كثير من العلماء ان يقسمها اثلاثا ثلثا للادخار وثلثا للصدقة وثلثاً للاكل لقوله عليه السلام فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب فى الاكل انه ليس بواجب فى المذهب خلافا لقوم اوجبوا ذلك واظن اهل الظاهر يوجبون تجزية لحوم الضحايا الى الاقسام الثلاثة التى يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت انه لا يجوز بيع لحمها واختلفوا فى جلدها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال ابو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير اى بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شئ دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق ابو حنيفة بين الدراهم وغيرها لانه رآ ان المعاوضة بالعروض هى من باب الانتفاع لاجماعهم على انه يجوز ان ينتفع به وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب والحمد لله

﴿كتـــاب الذبائح﴾

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر فى اربعة ابواب . الباب الاول فى معرفة محل الذبح والنحر وهو المذبوح او المنحور . الباب الثانى فى معرفة الذبح والنحر . الباب الثالث فى معرفة الآلة التى بها يكون الذبح والنحر . الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة . الباب الخامس في معرفة الذابح والناحر ، والاصول هى الاربعة والشروط يمكن ان يدخل في الاربعة الابواب ، والاسهل فى التعليم ان يجعل بابا على حدته

﴿الباب الاول﴾ وصفة الحيوان فى اشتراط الذكاة في اكله على قسمين حيوان لا يحل الا بذكاة وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على ان الحيوان الذى يعمل فيه الذبح هو الحيوان البرى ذو الدم الذى ليس بمحرّم ولا منفوذ المقاتل ولا ميئوس منه بوقذ او نطح او ترد او افتراس سبع او مرض وان الحيوان البحرى ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا فى الحيوان الذى ليس بدمى مما يجوز اكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة ام لا وفى الحيوان الدمي الذى يكون تارة في البحر وتارة في البر مثل السحافات وغيره واختلفوا في تاثير الذكاة في الاصناف التى نص عليها فى آية التحريم وفى تاثير الذكاة فيما لا يحل اكله اعنى في تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها ففى هذا الباب اذا ست مسائل اصول ﴿المســـئلة الاولى﴾ فى تاثير الذكاة في الاصناف الاربعة او الخمسة التى نص عليها فى الآية اذا ادركت حية المسئلة الثانية فى تاثير الذكاة فى الحيوان المحرم الاكل المسئلة الثالثة فى تاثير الذكاة فى المريضة المسئلة الرابعة فى هل ذكاة الجنين ذكاة امه ام لا المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة ام لا المسئلة السادسة هل للحيوان الذى ياوى في البر تارة وفى البحر تارة ذكاة

 ﴿المسئلة الاولى﴾ اما المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع فانهم اتفقوا فيما اعلم انه اذا لم يبلغ الخنق منها اوالوقوذ منها الى حالة لايرجي فيها ان الذكاة عاملة فيها اعني انه اذا غلب على الظن انها تعيش وذلك بان لايصاب لهامقتل واختلفوا اذا غلب على الظن انها من ذلك باصابة مقتل او غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهومذهب ابي حنيفة والمشهور من قول الشافعي وهوقول الزهري وابن عباس وقال قوم لاتعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجهان ولكن الاشهر انها لاتعمل في الميئوس منها وبعضهم تاول في المذهب الميئوسة منها على ضربين ميئوسة مشكوك فيها وميئوسة مقطوع بموتها وهي المنفوذة المقاتل على اختلاف بينهم ايضاً في المقاتل قال فاما الميئوسة المشكوك فيها ففي المذهب فيها روايتان مشهورتان واما المنفوذة المقاتل فلا خلاف في المذهب المنقول ان الذكاة لاتعمل فيها وان كان يخرج فيها الجواز على وجه ضعيف * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى إلا ما ذكيتم هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض مايتناوله اللفظ وهو المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منفصل لاتاثير له في الجملة المتقدمة اذ كان هذا أيضاً شان الاستثناء المنقطع في كلام العرب فمن قال انه متصل قال الذكاة تعمل في هذه الاصناف الخمسة واما من قال الاستثناء منفصل فانه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل في المرجو منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تاثير فيها فهو متصل وقد احتج أيضاً من رآ انه منفصل بان التحريم لم يتعلق باعيان هذه الاصناف الخمسة وهي حية وإنما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك ان معنى قوله تعالى حرمت عليكم الميتة إنما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقوذة والمتردية والنطيحة وسائرها أي لحم الميتة بهذه الاسباب سوى التي تموت من تلقاء نفسها وهي التي تسمي ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلما علم ان المقصود لم يكن تعليق التحريم باعيان هذه وهي حية وإنما علق بها بعد الموت لان لحم الحيوان يحرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه السلام ماقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة وجب ان يكون قوله إلا ما ذكيتم استثناء منفصلا لكن الحق في ذلك ان كيف ما كان الامر في الاستثناء فواجب ان تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الآية بعد الموت وجب ان تدخل في التذكية من جهة ما هي حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها مادامت حية مساوية لغيرها في ذلك من الحيوان أعني انها تقبل الحلية من قبل التذكية التي الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلاخفاء يوجب ذلك ويحتمل ان يقال ان عموم التحريم يمكن ان يفهم منه تناول اعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال في الخنزير والتي لا تعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا رافعاً لتحريم اعيانها بالتنصيص على عمل الذكاة فيها وإذا كان ذلك كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منفصلا واما من فرق بين المنفوذة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل ان يقال ان مذهبه ان الاستثناء منفصل وانه انما جاز تاثير الذكاة في المرجوة بالاجماع وقاس المشكوكة على المرجوة ويحتمل أن يقال ان الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا الصنف من الموقوذة بالقياس وذلك ان الذكاة انما تجب ان تعمل في حين يقطع انها سبب الموت فاما اذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح أو سائرها فلا يجب أن تعمل في ذلك وهذه هي حال المنفوذة المقاتل وله ان يقول ان المنفوذة المقاتل في حكم الميتة والذكاة من

شرطها أن ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة ﴿المسئلة الثانية﴾ وأما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمات الاكل حتى تطهر بذلك جلودها فانهم أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرها ماعدى الخنزير وبه قال أبو حنيفة الا أنه اختلف المذهب في كون السباع فيه محرمة أو مكروهة على ماسياتي في كتاب الاطعمة والاشربة وقال الشافعي الذكاة تعمل في كل حيوان محرم الاكل فيجوز بيع جميع اجزائه والانتفاع بها ما عدى اللحم * وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمية أم ليست بتابعة للحم فمن قال انها تابعة للحم قال اذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رآ أنها ليست بتابعة قال وان لم تعمل في اللحم فانها تعمل في سائر اجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليل المحرم للحم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الاجزاء الا أن يدل الدليل على ارتفاعه

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلفوا في تاثير الذكاة في البهيمة التي أشرفت على الموت من شدة المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على أن الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك وروي عنه أن الذكاة لا تعمل فيها * وسبب الخلاف معارضة القياس للاثر فاما الاثر فهو ماروى ان امة لكعب بن مالك كانت ترعي غنما بسلع فاصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه البخاري ومسلم وأما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها انما تعمل في الحي وهذه في حكم الميت وكل من أجاز ذبحها فانهم اتفقوا على أنه لا تعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على الحياة واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاول مذهب أبي هريرة والثاني مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات أطراف العين وتحريك الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو الذي اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا هل تعمل ذكاة الام في جنينها أم ليس تعمل فيه وانما هو ميتة أعني اذا خرج منها بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء الى أن ذكاة الام ذكاة لجنينها وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ان خرج حياً ذبح وأكل وان خرج ميتاً فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاة الام ذكاة له بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم لم يشترط ذلك وبه قال الشافعي * وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثر المروى في ذلك من حديث أبي سعيد الخدري مع مخالفته للاصول وحديث أبي سعيد هو قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد في بطنها جنيناً أنأكله أم نلقيه فقال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه وخرج مثله الترمذي وأبوداود عن جابر واختلفوا في تصحيح هذا الاثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وآخر من صححه الترمذي وأما مخالفته الاصل في هذا الباب للاثر فهو ان الجنين اذا كان حياً ثم مات بموت امه فانما يموت خنقاً فهو من المنخنقة التي ورد النص بتحريمها والى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث وأما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه أولا اشتراطه * فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك ان عموم قوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه يقتضي الا يقع هنالك تفصيل وكونه محلا للذكاة يقتضي ان يشترط فيه الحياة قياساً على الاشياء التي تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبت شعره وتم خلقه ويعضد هذا القياس ان هذا الشرط مروى عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن

الزهري

الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا اشعر الجنين فذكاته ذكاة امه وروى ابن المبارك عن ابن ابي ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه أشعر او لم يشعر إلا أن ابن ابي ليلى سيئ الحفظ عندهم والقياس يقتضي ان تكون ذكاته في ذكاة امه من قبل انه جزء منها وإذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف ان يخصص العموم الوارد في ذلك بالقياس الذي تقدم ذكره عن اصحاب مالك ﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يوكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو ان يقتل إما بقطع رأسه او بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز اكل ميتته وبه قال مطرف وذكاة ما ليس بذي دم عند مالك كذكاة الجراد * وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناوله اسم الميتة ام لا في قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وللخلاف سبب آخر وهو هل هو حوت او حيوان بري

﴿المسئلة السادسة﴾ واختلفوا في الذي في البر والبحر هل يحتاج إلى ذكاة ام لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالباً

﴿الباب الثاني في الذكاة﴾ وفي قواعد هذا الباب مسئلتان ﴿المسئلة الاولى﴾ في انواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام . الثانية في صفة الذكاة

﴿المسئلة الاولى﴾ واتفقوا على أن الذكاة في بهيمة الانعام نحر وذبح وأن من سنة الغنم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يجوز فيها الذبح والنحر واختلفوا هل يجوز النحر في الغنم والطير والذبح في الابل فذهب مالك الى انه لا يجوز النحر في الغنم والطير ولا الذبح في الابل وذلك في غير موضع الضرورة وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة العلماء وقال اشهب ان نحر ما يذبح اوذبح ما ينحر اكل ولكنه يكره وفرق ابن بكير بين الغنم والابل فقال يوكل البعير بالذبح ولا يوكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا في جواز ذلك في موضع الضرورة * وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم فاما العموم فقوله عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا وأما الفعل فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر الابل والبقر وذبح الغنم وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى إن الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى في الكبش وفديناه بذبح عظيم ﴿المسئلة الثانية﴾ وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمرى والحلقوم مبيح للاكل واختلفوا من ذلك في مواضع . أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها او بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع الكل او الاكثر وهل من شرط القطع الا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من جهة العنق جاز اكلها ام لا وهل ان تمادى في قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك ام لا وهل من شرط الذكاة الا يرفع يده حتى يتم الذكاة ام لا فهذه ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه وفي نهاية القطع وفي جهته أعني من قدام او خلف وفي صفته

﴿أما المسئلة الاولي﴾ فان المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وانه لا يجزي اقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب في ان الشرط في قطع الودجين هو استيفاؤهما واختلف في قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقيل كله وقيل اكثره وأما ابو حنيفة فقال الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة إما الحلقوم والودجان وإما المرى والحلقوم واحد الودجين او المرى

والودجان وقال الشافعي الواجب قطع المرى والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع اكثر كل واحد من الاربعة * وسبب اختلافهم انه ليس في ذلك شرط منقول وإنما جاء في ذلك اثران ، أحدهما يقتضي انهار الدم فقط . والاخر يقتضي قطع الاوداج مع انهار الدم ففي حديث رافع بن خديج انه قال عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن ابى امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فرى الاوداج فكلوا مالم يكن رض ناب اوتخر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضي قطع بعض الاوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفي الثاني قطع جميع الاوداج فالحديثان والله اعلم متفقان على قطع الودجين اما احدهما او البعض من كليهما اومن واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لام التعريف في قوله عليه السلام مافري الاوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف في كلام العرب قد تدل على البعض وأما من اشترط قطع الحلقوم اوالمرى فليس له حجة من السماع وأكثر من ذلك من اشترط المرى والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ماوقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطاً في التحليل ولم يكن في ذلك نص فيما يجري وجب ان يكون الواجب في ذلك ماوقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس يلزم ان يكون شرطاً في الصحة

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ في موضع القطع وهي ان لم يقطع الجوزة في نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه في المذهب فقال مالك وابن القاسم لا يوكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب توكل * وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط في الذكاة اوليس بشرط فمن قال انه شرط قال لابد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهي ان قطع اعضاء الذكاة من ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم وقال ذلك الشافعي وابو حنيفة واسحاق وابو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلى وعمران بن الحصين * وسبب اختلافهم هل يعمل الذكاة في المنفوذة المقاتل ام لا تعمل وذلك ان القاطع لاعضاء الذكاة من القفا لا يصل اليها بالقطع الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكاة على حيوان قد اصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهي أن يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع ولم ينو قطع النخاع من اول الامر لانه ان نوى ذلك فكانه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لا توكل ان قطعها متعمداً دون جهل وتوكل ان قطعها ساهياً اوجاهلا

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم اعادها وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا اعاد يده بفور ذلك وبالقرب فقال ابن حبيب ان اعاد يده بالفور اكلت وقال سحنون لا توكل وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة ام لا فاعادها على الفور ان تبين له انها لم تتم اكلت وهو احد ماتؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة قال ابو الحسن اللخمي ولو قيل عكس هذا لكان اجود أعني أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد اتم الذكاة فتبين له غير ذلك فاعادها انها توكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقيناً

وهذا مبنى على أن من شرط الذكاة قطع كل اعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوذة المقاتل

﴿الباب الثالث فيما تكون به الذكاة﴾ أجمع العلماء على أن كل ما انهر الدم وفرى الاوداج من حديد اوصخر اوعود اوقضيب أن التذكية به جائزة واختلفوا في ثلاثة في السن والظفر والعظم فمن الناس من اجاز التذكية بالعظم ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا منزوعين اولايكونا منزوعين فاجاز التذكية بهما إذا كانا منزوعين ولم يجزها إذا كانا متصلين ومنهم من قال إن الذكاة بالسن والعظم مكروهة غير ممنوعة ولاخلاف في المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة اذا انهر الدم واختلف في السن والظفر فيه على الاقاويل الثلاثة أعني بالمنع مطلقاً والفرق فيهما بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لابالمنع * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه السلام في حديث رافع بن خديج وفيه قال يارسول الله انالاقوا العدو غدا وليس معنامدى فنذبح بالقضيب فقال عليه السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله فكل ليس السن والظفر وساحدثكم عنه أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الاشياء ليس في طبعها ان تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم ذلك انه شرع غير معلل والذين فهموا منه أنه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد انه لايدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي في ذلك على وجه الكراهة لاعلى وجه الحظر فمن فهم أن المعنى في ذلك انه لاينهر الدم غالباً قال اذا وجد منهما ماينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم ان يكونا منفصلين اذكان انهار الدم منهما اذا كانا بهذه الصفة امكن وهو مذهب ابي حنيفة ومن رأى أن النهي عنهما هو مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد المنهي عنه قال ان ذبح بهما لم تقع التذكية وان انهر الدم ومن رأى أنه لايدل على فساد المنهي عنه قال إن فعل وانهر الدم اثم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولامعنى لقول من فرق بين العظم والسن فانه عليه السلام قد علل المنع في السن بانه عظم ولايختلف المذهب انه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه السلام إن الله كتب الاحسان على كل مسلم فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته خرجه مسلم ﴿الباب الرابع في شروط الذكاة﴾

وفي هذا الباب ثلاث مسائل . المسئلة الاولى في اشتراط التسمية . الثانية في اشتراط البسملة ، الثالثة في اشتراط النية ﴿المسئلة الاولى﴾ واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة اقوال فقيل هي فرض على الاطلاق وقيل بل هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وقيل بل هي سنة مؤكدة وبالقول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر والشعبي وابن سيرين وبالقول الثاني قال مالك وابو حنيفة والثوري وبالقول الثالث قال الشافعي وأصحابه وهو مروي عن ابن عباس وأبي هريرة * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر فاما الكتاب فقوله تعالى ولاتاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق وأما السنة المعارضة لهذه الآية فما رواه مالك عن هشام عن ابيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يارسول الله إن ناساً من البادية يأتوننا بلحمان ولاندري اسموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان في اول الاسلام ولم ير ذلك الشافعي لان هذا الحديث

ظاهره انه كان بالمدينة وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجمع بان حمل الامر بالتسمية على الندب وأما من اشترط الذكر في الوجوب فصيراً الى قوله عليه السلام رفع عن أمتى الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوماً استحبوا ذلك وقوماً اجازوا ذلك وقوماً اوجبوه وقوماً كرهوا الا يستقبل بها القبلة والكراهية والمنع موجودان فى المذهب وهى مسئلة مسكوت عنها والاصل فيها الاباحة إلا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شئ يصلح ان يكون اصلا يقاس عليه هذه المسئلة الا ان يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذى لا يستند إلى اصل مخصوص عند من اجازه اوقياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هى جهة معظمة وهذه عبادة فوجب ان يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لانه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ماعدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما اشتراط النية فيها فقيل فى المذهب بوجوب ذلك ولا اذكر فيها خارج المذهب فى هذا الوقت خلافا فى ذلك ويشبه ان يكون في ذلك قولان قول بالوجوب وقول بترك الوجوب فمن اوجب قال عبادة لاشتراط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذى هو المقصود منه فوجب الا تشترط فيها النية كما يحصل عن غسل النجاسة ازالة عينها ﴿ الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز ﴾

والمذكور فى الشرع ثلاثة أصناف صنف اتفق على جواز تذكيته وصنف اتفق على منع ذكاته وصنف اختلف فيه فاما الصنف الذى اتفق على ذكاته فمن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضييع الصلاة وأما الذى اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى وما ذبح على النصب ولقوله وما اهل به لغير الله وأما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة اهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبى والمجنون والسكران والذى يضيع الصلاة والسارق والغاصب فاما اهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحهم لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ويختلفون في التفصيل فاتفقوا على انهم إذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا مرتدين وذبحوا لانفسهم وعلم انهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم فى التوراة ولا حرموها هم على انفسهم انه يجوز منها ماعدى الشحم واختلفوا فى هذه الشروط أعنى اذا ذبحوا لمسلم باستنابته اوكانوا من نصارى بنى تغلب او مرتدين وإذا لم يعلم انهم سموا الله اوجهل مقصود ذبحهم اوعلم انهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنايسهم واعيادهم اوكانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذي ظفر اوكانت مما حرموها على انفسهم مثل الذبائح التى تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقة الدية وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة مسلم فقيل في المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز * وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك ام لا فمن رأى أن النية شرط فى الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابى لمسلم لانه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب على عموم الكتاب أعنى قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال يجوز وكذلك من اعتقد أن نية المستنيب تجزى وهو اصل قول ابن وهب ﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى ذبائح نصارى بنى تغلب والمرتدين فان الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح اهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم وهو

احد قولى الشافعى وهو مروى عن على رضى الله عنه * وسبب الخلاف هل يتناول العرب المتنصرين او المتهودين اسم الذين اوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الاسم المختصة بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم وأما المرتد فان الجمهور على أن ذبيحته لا توكل وقال إسحاق ذبيحته جائزة وقال الثورى مكروهة * وسبب الخلاف هل المرتد لا يتناوله اسم اهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة اهل الكتاب او يتناوله

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهى إذا لم يعلم أن اهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور توكل وهو مروى عن على وليس اذكر فيه فى هذا الوقت خلافاً ويتطرق اليه الاحتمال بان يقال ان الاصل هو الا يوكل من تذكيتهم الا ما كان على شروط الاسلام فاذا قيل على هذا أن التسمية من شرط التذكية وجب الا توكل ذبائحهم بالشك فى ذلك وأما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم اوكنايسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من اباحه وهو قول اشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعى * وسبب اختلافهم تعارض عمومى الكتاب فى هذا الباب وذلك أن قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم يحتمل ان يكون مخصصاً لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ويحتمل ان يكون قوله تعالى وما اهل به لغير الله مخصصاً لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم إذ كان كل واحد منهما يصح ان يستثنى من الاخر فمن جعل قوله تعالى وما اهل به لغير الله مخصصاً لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما اهل به للكنايس والاعياد ومن عكس الامر قال يجوز وأما اذا كانت الذبيحة مما حرمت عليهم فقيل يجوز وقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين ان تكون محرمة عليهم بالتوراة او من قبل انفسهم أعنى باباحة ما ذبحوا مما حرموا على انفسهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمنع والاقاويل الاربعة موجودة فى المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن اشهب واصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراط نية الذكاة أعنى اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط فى التذكية قال لا تجوز هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيهم وتمسك بعموم الآية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم فى اكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف فى ذلك احد غير مالك وأصحابه فمنهم من قال إن الشحوم محرمة وهو قول اشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل فى الشحوم سبب آخر من اسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة وهو هل تتبعض التذكية او لا تتبعض فمن قال تتبعض قال لا توكل الشحوم ومن قال لا تتبعض قال يوكل الشحم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم حديث عبدالله بن مغفل إذ اصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم فى كتاب الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك فى اصل شرعهم وبين ما حرموا على انفسهم قال ما حرم عليهم هو امر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على انفسهم هو امر باطل فتعمل فيه التذكية قال القاضى والحق ان ما حرم عليهم او حرموا على انفسهم هو فى وقت شريعة الاسلام امر باطل إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فنحب الا يراعى اعتقادهم فى ذلك ولا يشترط أيضاً ان يكون اعتقادهم فى تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لانه لو اشترط ذلك لما جاز اكل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شريعتهم فى ذلك منسوخ واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم وإنما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله اعلم جائزة لنا على الاطلاق وإلا ارتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فانه بين والله اعلم وأما المجوس فان الجمهور على انه لا تجوز ذبائحهم لانهم مشركون وتمسك قوم فى اجازتها بعموم

قوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب وأما الصابون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من اهل الكتاب ام ليسوا من اهل الكتاب وأما المرأة والصبى فان الجمهور على أن ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك ابو المصعب * والسبب فى اختلافهم نقصان المرأة والصبى وإنما لم يختلف الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فاصيبت شاة فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا باس بها فكلوها وهو حديث صحيح وأما المجنون والسكران فان مالكا لم يجز ذبيحتهما وأجاز ذلك الشافعى و *وسبب الخلاف اشتراط النية فى الذكاة فمن اشترط النية منع ذلك اذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فان الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورآنها ميتة وبه قال داود وإسحاق بن راهوية * وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المنهي عنه فمن قال يدل قال السارق منهى عن ذكاتها وتناولها وتملكها فاذا ذكاها فسدت التذكية ومن قال لا يدل الا اذا كان المنهى عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لانه ليس صحة الملك شرطاً من شروط التذكية وفى موطا ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها باساً وقد جاء اباحة ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبي عليه السلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسارى وهذا القدر كاف في اصول هذا الكتاب

كتاب الصيد

وهذا الكتاب فى اصوله ايضاً اربعة ابواب. الباب الاول في حكم الصيد وفى محل الصيد، الثاني فيما به يكون الصيد . الثالث فى صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة في عمل الذكاة فى الصيد . الرابع فيمن يجوز صيده

الباب الاول

فاما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً ثم قال وإذا حللتم فاصطادوا واتفق العلماء على أن الامر بالصيد فى هذه الآية بعد النهي يدل على الاباحة كما اتفقوا على ذلك فى قوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله أعنى أن المقصود به الاباحة لوقوع الامر به بعد النهي وإن كان اختلف اهل الامر بعد النهي يقتضى الاباحة اولا يقتضيه وانما يقتضى على اصله الوجوب وكره مالك الصيد الذى يقصد به السرف وللمتاخرين من اصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه أن منه ماهو فى حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم حرام وفى حق بعضهم مندوب وفى حق بعضهم مكروه وهذا النظر فى الشرع تغلغل فى القياس وبعد عن الاصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق بكتابنا هذا اذ كان قصدنا فيه انما هو ذكر المنطوق به من الشرع او ما كان قريباً من المنطوق به وأما محل الصيد فانهم اجمعوا على أن محله من الحيوان البحرى هو السمك واصنافه ومن الحيوان البرى الحلال الاكل الغير متأنس واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقدر على اخذه ولا ذبحه او نحره فقال مالك لا يوكل الا أن ينحر من ذلك ما ذكاته النحر ويذبح ما ذكاته الذبح او يفعل به احدهما ان كان مما يجوز فيه الامران جميعاً وقال أبو حنيفة والشافعي اذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد * وسبب اختلافهم معارضة الاصل فى ذلك للخبر وذلك أن الاصل فى هذا الباب هو أن الحيوان الانسى لا يوكل الا بالذبح او النحر وأن الوحشى يوكل بالعقر وأما الخبر المعارض لهذه الاصول فحديث رافع بن جريج وفيه قال فندمنها بعير وكان فى القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به فقال النبى عليه السلام إن لهذه

البهائم

البهائم اوابد كاوابد الحوحين فما ند عليكم فاصنعوابه هكذا والقول بهذا الحديث اولى لصحته لانه لاينبغي ان يكون هذا مستثنى من ذلك الاصل مع أن لقائل ان يقول انه جار مجرى الاصل في هذا الباب وذلك أن العلة فى كون العقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئاً اكثر من عدم القدرة عليه لا لانه وحشى فقط فاذا وجد هذا المعنى من الانسى جاز ان يكون ذكاته ذكاة الوحشى فيتفق القياس والسماع

الباب الثاني فيما به يكون الصيد

والاصل فى هذا الباب آيتان وحديثان الآية الاولى قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله ايديكم ورماحكم ، والثانية قوله تعالى قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين الآية ، وأما الحديثان فأحدهما حديث عدى بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما امسكن عليك وإن اكل الكلب فلا تاكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه وإن خالطها كلاب غيرها فلا تاكل وإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المعراض فقال اذا اصاب بعرضه فلا تاكل فانه وقيذ وهذا الحديث هو اصل فى اكثر ما فى هذا الكتاب . والحديث الثاني حديث ابى ثعلبة الخشنى وفيه من قوله عليه السلام ما اصبت بقوسك فسم الله ثم كل وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم ادركت ذكاته فكل وهذان الحديثان اتفق اهل الصحيح على اخراجهما والآلات التى يصاد بها منها ما اتفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفى صفاتها وهى ثلاث حيوان جارح ومحدد ومثقل فاما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها فى الكتاب والسنة وكذلك ما جرى مجراها مما يعقر ماعدا الاشياء التى اختلفوا في عملها فى ذكاة الحيوان الانسى وهى السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم فى ذلك فلا معنى لاعادته وأما المثقل فاختلفوا فى الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم يجز ذلك الاما ادركت ذكاته ومنهم من اجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض او الحجر بثقله او بحده اذا خرق جسد الصيد فاجازه اذا خرق ولم يجزه اذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الامصار الشافعى ومالك وأبو حنيفة واحمد والثورى وغيرهم وهو راجع الى انه لا ذكاة الا بمحدد * وسبب اختلافهم معارضة الاصول فى هذا الباب بعضها بعضاً ومعارضة الاثر لها وذلك أن من الاصول في هذا الباب ان الوقيذ محرم بالكتاب والاجماع ومن اصوله ان العقر ذكاة الصيد فمن رأى ان ما قتل المعراض وقيذ منعه على الاطلاق ومن رآه عقراً مختصاً بالصيد وأن الوقذ غير معتبر فيه اجازه على الاطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك اولم يخرق فصيراً الي حديث عدى بن حاتم المتقدم وهو الصواب وأما الحيوان الجارح فالاتفاق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه ما يتعلق بالشرط فاما النوع الذى اتفقوا عليه وهو الكلاب ما عدى الكلب الاسود فانه كرهه قوم منهم الحسن البصرى وابراهيم النخعى وقتادة وقال احمد ما اعرف احداً يرخص فيه اذا كان بهيما وبه قال اسحاق وأما الجمهور فعلى اجازة صيده اذا كان معلماً * وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين يقتضى تسوية جميع الكلاب فى ذلك وأمره عليه السلام بقتل الكلب الاسود البهيم يقتضى فى ذلك القياس الايجوز اصطياده على رأى من رآ أن النهى يدل على فساد المنهى عنه وأما الذى اختلفوا فيه من انواع الجوارح فيما عدى الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية فمنهم من اجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن

شعبان وهومذهب مالك وأصحابه وبه قال فقهاء الامصار وهو مروى عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهذا له الذكاة للصيد وقال قوم لا اصطياد بجارح ماعدا الكلب لاباز ولاصفر ولا غيرذلك الا ما ادرك ذكاته وهو قول مجاهد واستثني بعضهم من الطيور الجارحة البازي فقط فقال يجوز صيده وحده * وسبب اختلافهم فى هذا الباب شيئان أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد يظن أن النص انما ورد في الكتاب أعنى قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكلبين الا ان يتاول ان لفظة مكلبين مشتقة من كلب الجارح لامن لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى فى الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى فى لفظة مكلبين والسبب الثاني هل من شرط الامساك الامساك على صاحبه ام لا وان كان من شرطه فهل يوجد فى غير الكلب اولا يوجد فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلبين هي مشتقة من اسم الكلب لامن اسم الكلب اوانه لا يوجد الامساك الافى الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لا يصاد الا بجارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط في الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح إذا قبلت التعليم وأما من استثنى من ذلك البازى فقط فصيراً الى ما روى عن عدى بن حاتم انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازى فقال ما امسك عليك فكل خرّجه الترمذى فهذه هى اسباب اتفاقهم واختلافهم فى انواع الجوارح وأما الشروط المشترطة فى الجوارح فان منها ما اتفقوا عليها وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكلبين وقوله عليه السلام إذا ارسلت كلبك المعلم واختلفوا فى صفة التعليم وشروطه فقال قوم التعليم ثلاثة اصناف ؛ أحدها ان تدعوا الجارح فيجيب . والثانى ان تشليه فينشلى . والثالث ان تزجره فيزدجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وانما اختلفوا فى اشتراط الانزجار فى سائر الجوارح واختلفوا ايضاً في هل من شرطها الا يا كل الجارح فمنهم من اشترطه على الاطلاق ومنهم من اشترطه فى الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من اصحابه ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك أعنى انه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره الا يا كل واشترطه بعضهم فى الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشترطه كما قلنا فى الكل والجمهور على جواز اكل صيد البازى والصقر وان اكل لان تضريته انما تكون بالاكل والخلاف في هذا الباب راجع الى موضعين . أحدهما هل من شرط التعليم ان ينزجر اذا زجر ، والثاني هل من شرطه الا يا كل * وسبب الخلاف في اشتراط الاكل او عدمه شيئان . أحدهما اختلاف الاثار فى ذلك ، والثانى هل إذا اكل فهو ممسك ام لا فاما الاثار فمنها حديث عدى بن حاتم المتقدم وفيه فان اكل فلا تاكل فانى اخاف ان يكون انما امسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبى ثعلبة الخشنى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت وان اكل منه يارسول الله قال وان اكل فمن جمع بين الحديثين بان حمل حديث عدى بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه الا يا كل ومن رجح حديث عدى بن حاتم اذ هو حديث متفق عليه وحديث ابي ثعلبة مختلف فيه ولذلك لم يخرّجه الشيخان البخارى ومسلم ومن قال شرط الامساك الا يا كل بدليل الحديث المذكور قال ان اكل الصيد لم يوكل وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق والثورى وهو قول ابن عباس ورخص فى اكل ما اكل الكلب كما قلنا مالك وسعيد بن مالك

وان

وابن عمر وسليمان وقالت المالكية المتأخرة انه ليس الاكل يدل على انه ممسك لسيده ولا الامساك لسيده بشرط في الذكاة لان نية الكلب غير معلومة وقد يمسك لسيده ثم يبدو له فيمسك لنفسه وهذا الذي قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم وللامساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو العادة ولذلك قال عليه السلام فان اكل فلا تاكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه واما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب الا اختلافهم في قياس سائر الجوارح في ذلك على الكلب لان الكلب الذي لا يزدجر لا يسمي معلماً باتفاق فاما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل يسمى معلماً أم لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف

﴿الباب الثالث في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها﴾

واتفقوا على ان الذكاة المختصة بالصيد هي العقر واختلفوا في شروطها اختلافاً كثيراً واذا اعتبرت اصولها التي هي اسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة في الالة وفي الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشتركان في الذكاتين اعني ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة احدها انها ان لم تكن الالة او الجارح او الذي اصاب الصيد قد انفذ مقاتله فانه يجب ان يذكى بذكاة الحيوان الانسي اذا قدر عليه قبل ان يموت مما اصابه من الجارح او من الضرب واما ان كان قد انفذ مقاتله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب والثاني ان يكون الفعل الذي اصيب به الصيد مبداه من الصائد لا من غيره اعني لا من الالة كالحال في الحبالة ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذي ينشلي من ذاته والثالث الا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة والرابع الا يشك في عين الصيد الذي اصابه وذلك عند غيبته عن عينه والخامس الا يكون الصيد مقدوراً عليه في وقت الارسال عليه والسادس الا يكون موته من رعب من الجارح او بصدمة منه فهذه هي اصول الشروط التي من قبل اشتراطها او لا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون في وجودها في نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل ان يكون مبدأه من الصائد واختلافهم اذا فلت الجارح من يده او خرج بنفسه ثم اغراه هل يجوز ذلك الصيد ام لا لتردد هذه الحال بين ان يوجد لها هذا الشرط او لا يوجد كاتفاق أبي حنيفة ومالك على ان من شرطه اذا ادرك غير منفوذ المقاتل ان يذكى اذا قدر عليه قبل ان يموت واختلافهم بين ان تخلصه حياً فيموت في يده قبل ان يتمكن من ذكاته فان اباحنيفة منع هذا وأجازه مالك ورواه مثل الاول أعنى اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين ان يقال ادركه غير منفوذ المقاتل او في غير يد الجارح فاشبه المفرط او لم يشبهه فلم يقع منه تفريط واذ كانت هذه الشروط هي اصول الشروط المشترطة في الصيد مع سائر الشروط المذكورة في الالة والصائد نفسه على ما يأتي يجب ان يذكر منها ما اتفقوا منه عليه وما اختلفوا فيه *واسباب الخلاف في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول اما التسمية والنية فقد تم الخلاف فيهما وسببه في كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية في الذكاة لم يجز عنده من اشتراطها اذا ارسل الجارح على صيد واخذ آخر ذكاة ذلك الصيد الذي لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ذلك جائز ويوكل ومن قبل هذا ايضاً اختلف اصحاب مالك في الارسال على صيد غير مرءى كالذي يرسل على ما في غيضة او من وراء اكمة ولا يدرى هل هنالك شيء ام لا لان القصد في هذا يشوبه شيء من الجهل واما الشرط الاول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التي ذكرناها وهو ان عقد الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما تكون ذكاة

اذلم يدركه المرسل حياً فباشتراطه قال جمهور العلماء لما جاء في حديث عدى بن حاتم فى بعض رواياته انه قال عليه السلام وان ادركته حياً فاذبحه وكان النخعى يقول اذا ادركته حياً ولم يكن معك حديدة فارسل عليه الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصرى مصيراً لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ومن قبل هذا الشرط قال مالك لايتوانا المرسل فى طلب الصيد فان توانا فادركه ميتاً فان كان منفوذ المقاتل بسهم حل اكله والالم يحل من اجل انه لولم يتواني الكان يمكن ان يدركه حياً غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثاني وهو ان يكون الفعل مبداه من القابض ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الحبالة والشبكة اذا انفذت المقاتل بحدد فيها فمنع ذلك مالك والشافعى والجمهور ورخص فيه الحسن البصرى ومن هذا الاصل لم يجز مالك الصيد الذى ارسل عليه الجارح فتشاغل بشئ آخر ثم عاد اليه من قبل نفسه واما الشرط الثالث وهو الا يشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة له فهو شرط مجمع عليه فيما اذكر لانه لايدرى من قتله واما الشرط الرابع وهو الا يشك فى عين الصيد ولافى قتل جارحه له فمن قبل ذلك اختلفوا فى اكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا باس باكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثراً من كلبك اوكان بسهمك مالم يبت فاذا بات فانى اكرهه وبالكراهية قال الثورى وقال عبد الوهاب اذا بات الصيد من الجارح لم يوكل وفى السهم خلاف وقال ابن الماجشون يوكل فيهما جميعاً اذاوجد منفوذ المقاتل وقال مالك فى المدونة لايوكل فيهما جميعاً اذابات وان وجد منفوذ المقاتل وقال الشافعي القياس الا تاكله اذا غاب عنك مصرعه وقال ابوحنيفة اذاتوارى الصيد والكلب في طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز اكله مالم يترك الكلب الطلب فان تركه كرهنا اكله * وسبب اختلافهم شيئان اثنان الشك العارض فى عين الصيد او فى ذكاته والسبب الثانى اختلاف الآثار فى هذا الباب فروى مسلم والنساءى والترمذى وابوداود عن ابى ثعلبة عن النبى عليه السلام فى الذى يدرك صيده بعد ثلاث فقال كل مالم ينتن وروى مسلم عن ابى ثعلبة أيضاً عن النبي عليه السلام قال اذارميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل مالم يبت وفى حديث عدى بن حاتم انه قال عليه السلام اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه اثر سبع وعلمت ان سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم فى الصيد يصاب بالسهم اويصيبه الجارح فيسقط فى ماء اويتردى من مكان عال فقال مالك لا يوكل لانه لايدرى من اى الامرين مات الاان يكون السهم قدانفذ مقاتله ولايشك ان منه مات وبه قال الجمهور وقال ابوحنيفة لايوكل ان وقع فى ماء منفوذ المقاتل ويوكل ان تردى وقال عطاء لايوكل اصلا اذا اصيبت المقاتل وقع فى ماء اوتردى من موضع عال لامكان ان يكون زهوق نفسه من قبل التردى او من الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ المقاتل واما موته من صدم الجارح له فان ابن القاسم منعه قياساً على المقتل واجازه اشهب لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ولم يختلف المذهب ان مامات من خوف الجارح انه غير ذكى واما كونه فى حين الارسال غير مقدور عليه فانه شرط فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد مقدوراً على اخذه باليد دون خوف اوعذر امامن قبل انه قدنشب فى شئ اوتعلق بشئ اورماه احد فكسر جناحه اوساقه وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الاحوال بين ان يوصف فيها الصيد بانه مقدور عليه اوغير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع فى حفرة فقيل فى المذهب يوكل وقيل لا يوكل واختلفوا فى صفة العقر اذا ضرب الصيد فأبين منه عضو فقال قوم يوكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يوكلان جميعاً وفرق قوم بين ان يكون ذلك

العضو مقتلا اوغير مقتل فقالوا ان كان مقتلا اكلا جميعاً وان كان غير مقتل اكل الصيد ولم يوكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع خلافهم فى ان يكون القطع بنصفين او يكون احدهما اكبر من الثانى * وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه السلام ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة لعموم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم ولعموم قوله تعالى تناله ايديكم ورماحكم فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقاً قال يوكل الصيد والعضو المقطوع من الصيد وحمل الحديث على الانسى ومن حمله على الوحشى والانسى معاً واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال يوكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر فى ذلك الحياة المستقرة اعنى فى قوله وهى حية فرق بين ان يكون العضو مقتلا اوغير مقتل

﴿الباب الرابع فى شروط القانص﴾

وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذبائح المتفق عليها والمختلف فيها ويخص الاصطياد فى البر شرط زائد وهو الا يكون محرماً ولا خلاف فى ذلك لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً فان اصطاد محرم فهل يحل ذلك الصيد للحلال ام هو ميتة لا يحل لاحد اصلا اختلف الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعى وابو حنيفة وابو ثور الى انه يجوز لغير المحرم اكله * وسبب اختلافهم هو الاصل المشهور وهو هل النهى يعود بفساد المنهى ام لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب فى كلب المجوسى المعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فان المعتبر الصائد لا الالة وبه قال الشافعى وابو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثورى لان الخطاب فى قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكلبين متوجه نحو المومنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب

﴿كتاب العقيقة﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر فى ستة ابواب . الاول فى معرفة حكمها . الثانى فى معرفة محلها . الثالث فى معرفة من يعق عنه وكم يعق . الرابع فى معرفة وقت هذا النسك . الخامس سن هذا النسك وصفته . السادس حكم لحمها وسائر اجزائها فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب ابو حنيفة الى انها ليست فرضاً ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع * وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الاثار فى هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبى عليه السلام قال كل غلام مرتهن بعقيقته يذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضى الوجوب وظاهر قوله عليه السلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا احب العقوق ومن ولد له ولد فاحب ان ينسك عن ولده فليفعل يقتضى الندب او الاباحة فمن فهم منه الندب قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين ابو داود ومن اخذ بحديث سمرة اوجبها واما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز فى العقيقة الا ما يجوز فى الضحايا من الازواج الثمانية واما مالك فاختار فيها الضأن على مذهبه فى الضحايا واختلف قوله هل يجزي فيها الابل والبقر اولا يجزى وسائر الفقهاء على اصلهم فان الابل افضل من البقر والبقر افضل من الغنم * وسبب اختلافهم تعارض الاثار فى هذا الباب والقياس اما الاثر فحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما ابو داود واما القياس فلانها نسك فوجب ان يكون الاعظم فيها أفضل قياسا على الهدايا واما من يعق عنه فان جمهورهم على انه يعق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وشذ الحسن فقال لا يعق عن الجارية وأجاز بعضهم ان يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه السلام يوم سابعه ودليل من خالف ماروى عن أنس ان النبي عليه السلام عق عن

نفسه بعد مابعث بالنبوءة ودليلهم أيضاً على تعلقها بالانثى قوله عليه السلام عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه السلام كل غلام مرتهن بعقيقته واما العدد فان الفقهاء اختلفوا أيضاً فى ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والانثى بشاة شاة وقال الشافعى وأبو ثور وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب فمنها حديث ام كرز الكعبية خرجه أبو داود قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى العقيقة شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة والمكافاتان المتماثلتان وهذا يقتضى الفرق فى ذلك بين الذكر والانثى وما روى انه عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً يقتضى الاستواء بينهما واما وقت هذا النسك فان جمهور العلماء على انه يوم سابع للمولود ومالك لايعد فى الاسبوع اليوم الذى ولد فيه ان ولد نهاراً وعبد الملك بن الماجشون يحتسب به وقال ابن القاسم فى العتبية ان عق ليلا لم يجزه واختلف أصحاب مالك فى مبدا وقت الاجزاء فقيل وقت الضحايا أعنى ضحي وقيل بعد الفجر قياساً على قول مالك فى الهدايا ولاشك ان من اجاز الضحايا ليلا اجاز هذه ليلا وقد قيل يجوز فى السابع الثاني والثالث واما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائزة أعنى انه يتقى فيها من العيوب مايتقي فى الضحايا ولا أعلم فى هذا خلافا فى المذهب ولا خارجا منه واما حكم لحمها وجلدها وسائر اجزائها فحكم لحم الضحايا فى الاكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على انه كان يدمى رأس الطفل فى الجاهلية بدمها وانه نسخ فى الاسلام وذلك لحديث بريدة الاسلمى قال كنا فى الجاهلية اذا ولد لاحدنا غلام ذبح شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران وشذ الحسن وقتادة فقالا يمس رأس الصبى بقطنة قد غمست فى الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا فى الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف فى حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطا ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين وزينب وام كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة

كتاب الاطعمة والاشربة

والكلام فى أصول هذا الكتاب يتعلق بجملتين الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات فى حال الاختيار الجملة الثانية نذكر فيها احوالها فى حال الاضطرار

الجملة الاولى

والاغذية الانسانية نبات وحيوان فاما الحيوان الذي يغتذى به فمنه حلال فى الشرع ومنه حرام وهذا منه برى ومنه بحرى والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة الميتة والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذى التذكية شرط فى اكله والجلالة والطعام الحلال يخالطه نجس فاما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا فى ميتة البحر على ثلاثة أقوال فقال قوم هى حلال باطلاق وقال قوم هي حرام باطلاق وقال قوم ماطفا من السمك حرام وماجزر عنه البحر فهو حلال * وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقته لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية فاما العموم فهو قوله حرمت عليكم الميتة واما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه اما المتفق عليه فحديث جابر وفيه ان اصحاب رسول الله

صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتا يسمي العنبر او دابة قد جزر عنه البحر فاكلوا منه بضعة وعشرين يوما أو شهراً ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبروه فقال هل معكم من لحمه شئ فارسلوا منه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاكله وهذا انما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه وأما الحديث الثاني المختلف فيه فما رواه مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته واما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما روى اسماعيل بن امية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي عليه السلام قال ما القى البحر أو جزر عنه فكلوه وما طفا فلا تاكلوه وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك * وسبب ضعف حديث مالك أن فى رواته من لا يعرف وانه ورد من طريق واحد قال أبو عمر بن عبد البر بل رواته معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعفه حديث جابر ان الثقاة اوقفوه على جابر فمن رجح حديث جابر هذا على حديث ابي هريرة لشهادة عموم الكتاب له لم يستثن من ذلك الا ما جزر عنه البحر اذ لم يرد فى ذلك تعارض ومن رجح حديث أبي هريرة قال بالاباحة مطلقاً وأما من قال بالمنع مطلقاً فمصيراً الى ترجيح عموم الكتاب وبالاباحة مطلقاً قال مالك والشافعى وبالمنع مطلقاً قال ابو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق وأما الخمسة التى ذكر الله مع الميتة فلا خلاف ان حكمها عندهم حكم الميتة وأما الجلالة وهى التى تاكل النجاسة فاختلفوا فى اكلها * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فما روى انه عليه السلام نهى عن لحوم الجلالة والبانها خرجه ابو داود عن ابن عمر وأما القياس المعارض لهذا فهو ان ما يرد جوف الحيوان ينقلب الى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فاذا قلنا ان لحم ذلك الحيوان حلال وجب أيكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب اليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا أو كانقلاب الدم لحماً والشافعى يحرم الجلالة ومالك يكرهها واما النجاسة تخالط الحلال فالاصل فيه الحديث المشهور من حديث أبى هريرة وميمونة أنه سئل عليه السلام عن الفارة تقع فى السمن فقال ان كان جامداً فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقى وان كان ذائباً فاريقوه أو لا تقربوه وللعلماء فى النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان أحدهما من يعتبر فى التحريم المخالطة فقط وان لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة التى خالطته وهو المشهور والذى عليه الجمهور والثاني مذهب من يعتبر فى ذلك التغير وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك * وسبب اختلافهم في مفهوم الحديث وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص اريد به الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يمر على ظاهره وسائر الاشياء يعتبر فيها تغيرها بالنجاسة أو لا تغيرها بها ومنهم من جعله من باب الخاص اريد به العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه ان بنفس مخالطة النجس ينجس الحلال الا انه لم يتعلل لهم الفرق بين ان يكون جامداً أو ذائباً لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وان كانت في احدى الحالتين اكثر أعنى فى حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة فلما لم يفرقوا بينهما فكانهم اقتصروا من بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك أقرته الظاهرية كله على ظاهره وأما المحرمات لعينها فمنها ما اتفقوا ايضاً عليه ومنها ما اختلفوا فيه فاما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنين لحم الخنزير والدم فاما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا فى الانتفاع بشعره وفى طهارة جلده مدبوغا وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى واختلفوا في غير المسفوح منه وكذلك

اختلفوا فى دم الحوت فمنهم من رآه نجسا ومنهم من لم يره نجساً والاختلاف فى هذا كله موجود فى مذهب مالك وخارج عنه * وسبب اختلافهم فى غير المسفوح معارضة الاطلاق للتقيد وذلك أن قوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم يقتضى تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى أو دما مسفوحا يقتضى بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيد اشترط في التحريم السفح ومن رآ ان الاطلاق يقتضى حكما زائداً على التقييد وان معارضة المقيد للمطلق انما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوي من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال يحرم قليل الدم وكثيره والسفح المشترط في حلية الدم انما هو فى دم الحيوان المذكى أعني انه الذى يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الاكل واما كل دم يسيل من الحيوان الحى فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وان ذكى فقليله وكثيره حرام ولا خلاف فى هذا * واما سبب اختلافهم فى دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم فقوله تعالى والدم وأما القياس فما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعاً فى التحريم لميتة الحيوان أعنى ان ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رآ مالك ان ما لا دم له فليس بميتة قال القاضى وقد تكلمنا فى هذه المسئلة فى كتاب الطهارة ويذكر الفقهاء حديثاً فى هذا مخصصاً لعموم الدم وهو قوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظنى ليس هو فى الكتب المشهورة من كتب الحديث وأما المحرمات امينها المختلف فيها فاربعة : أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الاربع . والثانى ذوات الحافر الانسية . والثالث لحوم الحيوان المامور بقتله فى الحرم : والرابع لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكى أبو حامد عن الشافعي أنه يحرم لحم الحيوان المنهى عن اكله قال كالخطاف والنحل فيكون هذا جنساً خامسا من المختلف فيه

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾

وهى السباع ذوات الاربع فروى ابن القاسم عن مالك انها مكروهة وعلى هذا القول عول جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك فى الموطا ما دليله انها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث ابى هريرة عن النبى عليه السلام انه قال اكل كل ذى ناب من السباع حرام وعلى ذلك الامر عندنا والى تحريمها ذهب الشافعي واشهب واصحاب مالك وابو حنيفة الا انهم اختلفوا فى جنس السباع المحرمة فقال ابو حنيفة كل ما اكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع عنده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعى يوكل الضبع والثعلب وانما السباع المحرمة التى تعدو على الناس كالاسد والنمر والذيب وكلا القولين فى المذهب وجمهورهم على ان القرد لا يوكل ولا ينتفع به وعند الشافعي أيضا أن الكلب حرام لا ينتفع به لانه فهم من النهي عن سؤره نجاسة عينه * وسبب اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الاربع معارضة الكتاب للاثار وذلك ان ظاهر قوله قل لا اجد فيما اوحى الى محرما على طاعم يطعمه الاية أن ما عدا المذكور في هذه الاية حلال وظاهر حديث ابي ثعلبة الخشنى أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذى ناب من السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخارى ومسلم واما مالك فما رواه في هذا المعنى من طريق أبى هريرة هو ابين فى المعارضه وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اكل كل ذى ناب من السباع حرام وذلك ان الحديث الاول قد يمكن الجمع بينه وبين الاية بان يحمل النهي المذكور فيه على الكراهية وأما حديث أبي هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الاية الا ان يعتقد انه ناسخ للاية عند من رآ ان الزيادة نسخ وان القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث ابى

ثعلبة والاية تحمل لحوم السباع على الكراهية ومن رآ ان حديث ابي هريرة يتضمن زيادة على ما في الاية حرم لحوم السباع ومن اعتقد ان الضبع والثعلب محرمان فاستدلالا بعموم الشرع لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية قصيرا لما روى عبد الرحمان بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبع آكلها قال نعم قلت أصيد هي قال نعم سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا الحديث وان كان انفرد به عبد الرحمان فهو ثقة عند جماعة أيمة الحديث ولما ثبت من اقراره عليه السلام على اكل الضب بين يديه واما سباع الطير فالجمهور على انها حلال لمكان الاية المتكررة وحرمها قوم لما جاء في حديث ابن عباس انه قل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل مخلب من الطير الا ان هذا الحديث لم يخرجه الشيخان وانما ذكره ابو داود ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي اختلافهم في ذوات الحافر الانسي اعني الخيل والبغال والحمير فان جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر الانسية الا ما روى عن ابن عباس وعائشة انهما كانا يبيحانها وعن مالك انه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروى عن مالك واما الخيل فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الي انها محرمة وذهب الشافعي وابو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها * والسبب في اختلافهم في الحمر الانسية معارضة الآية المذكورة للاحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رآ النسخ قال بتحريم الحمر اوقال بالزيادة دون ان يوجب عنده نسخا وقد احتج من لم ير تحريمها بما روى عن ابي اسحاق الشيباني عن ابن ابي اوفي قال اصبنا حمرآ مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها فنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اكفوا القدور بما فيها قال ابن اسحاق ذلك لسعد بن حمر فقال انما نهى عنها لانها كانت تاكل الجلة وأما اختلافهم في البغال فسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقوله مع ذلك في الانعام لتركبوا منها ومنها تاكلون للآية الحاصرة للمحرمات لانه يدل مفهوم الخطاب فيها ان المباح في البغال إنما هو الركوب مع قياس البغل ايضاً على الحمار * وأما سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له لكن اباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينبغي ان يعارض بقياس ولا بدليل خطاب

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي اختلافهم في الحيوان المامور بقتله في الحرم وهي الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والفارة والكلب العقور فان قوماً فهموا من الامر بالقتل لها مع النهى عن قتل البهائم المباحة الاكل وأن العلة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي وقوماً فهموا من ذلك معنى التعدى لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وابي حنيفة وجمهور اصحابهما وأما الجنس الرابع وهو الذى تستخبثه النفوس كالحشرات والضفادع والسرطانات والسلحفيات وما في معناها فان الشافعي حرمها وأباحها الغير ومنهم من كرهها فقط * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث في قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث فمن رآ انها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رآ ان الخبائث هي ما تستخبثه النفوس قال هي محرمة وأما ما حكاه ابو حامد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهي عن قتله كالخطاف زعم

والنحل فانى لست ادرى اين وقعت الآثار الواردة فى ذلك ولعلها فى غير الكتب المشهورة عندنا وأما الحيوان البحرى فان العلماء اجمعوا على تحليل مالم يكن منه موافقاً بالاسم لحيوان في البر محرم فقال مالك لاباس باكل جميع حيوان البحر الا انه كره خنزير الماء وقل أنتم تسمونه خنزيراً وبه قال ابن ابي ليلى والاوزاعى ومجاهد وجمهور العلماء الا ان منهم من يشترط فى غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد اما انسان الماء وخنزير الماء فلا يوكلان على شئ من الحالات * وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة اوشرعا اسم الخنزير والانسان خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الكلام الى كل حيوان فى البحر مشارك بالاسم فى اللغة اوفى العرف لحيوان محرم فى البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسئلة يرجع الي امرين. أحدهما هل هذه الاسماء لغوية، والثاني هل للاسم المشترك عموم ام ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه الاسماء لغوية ورآ أن للاسم المشترك عموماً لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك فى ذلك وقال انتم تسمونه خنزيراً فهذه حال الحيوان المحرم الاكل فى الشرع والحيوان المباح الاكل وأما النبات البرى هو غذا فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التى تخمر ومن العسل نفسه أما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها التى هى من عصير العنب وأما الانبذة فانهم أختلفوا فى القليل منها الذى لايسكر وأجمعوا على أن السكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام * وقال العراقيون ابراهيم النخعى من التابعين وسفيان الثورى وابن ابى ليلى وشريك وابن شبرمة وابو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين أن المحرم من سائر الانبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين * وسبب اختلافهم تعارض الاثار والاقيسة في هذا الباب فللحجازيين في تثبيت مذهبهم طريقتان ؛ الطريقة الاولى الآثار الواردة في ذلك، والطريقة الثانية تسمية الانبذة باجمعها خمراً فمن اشهر الآثار التى تمسك بها اهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن شهاب عن ابى سلمة بن عبد الرحمان عن عائشة انها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب اسكر فهو حرام خرّجه البخارى وقال يحيي بن معين هذا اصح حديث روى عن النبي عليه السلام فى تحريم السكر ومنها ايضاً ما خرّجه مسلم عن ابن عمر أن النبى عليه السلام قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذان حديثان صحيحان أما الاول فاتفق الكل عليه وأما الثانى فانفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذى وأبو داود والنساءى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وهو نص فى موضع الخلاف وأما الاستدلال الثاني من أن الانبذة كلها تسمى خمراً فلهم في ذلك طريقتان. إحداهما من جهة أثبات الاسماء بطريق الاشتقاق، والثاني من جهة السماع فاما التى من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند اهل اللغة أن الخمر إنما سميت خمراً لمخامرتها العقل فوجب لذلك ان ينطلق اسم الخمر لغة على كل ما خامر العقل وهذه الطريقة من أثبات الاسماء فيها اختلاف بين الاصوليين وهى غير مرضية عند الخراسانيين وأما الطريقة الثانية التى من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسلم لنا ان الانبذة تسمى فى اللغة خمراً فانها تسمي خمراً شرعا واحتجوا فى ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وبما روي ايضاً عن ابي هريرة أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وما روى أيضاً عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من العنب خمراً وان من العسل خمراً ومن الزبيب خمراً ومن الحنطة خمراً وأنا انهاكم عن كل مسكر فهذه هى عمدة الحجازيين

فى تحريم الانبذة وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً وبآثار رووها فى هذا الباب وبالقياس المعنوى أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو كان محرم العين لما سماه الله رزقاً حسناً وأما الاثار التى اعتمدوها فى هذا الباب فمن اشهرها عندهم حديث ابى عون الثقفى عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبى عليه السلام قال حرمة الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحتمل التاويل وضعفه أهل الحجاز لان بعض رواته روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سماك بن حرب باسناده عن ابي بردة بن دينار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنى كنت نهيتكم عن الشراب فى الاوعية فاشربوا فيما بدا لكم ولا تسكروا خرجها الطحاوى ورووا عن ابن مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم ورووا عن ابى موسى قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذاً الى اليمن فقلنا يارسول الله إن بها شرابين يصنعان من البر والشعير أحدهما يقال له المز والاخر يقال له البتع فما نشرب فقال عليه السلام اشربا ولا تسكرا خرجه الطحاوى ايضاً الى غير ذلك من الاثار التى ذكروها في هذا الباب وأما احتجاجهم من جهة النظر فانهم قالوا قد نص القرآن أن علة التحريم في الخمر انما هى الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى إنما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب ان يكون ذلك القدر هو الحرام الا ما انعقد عليه الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس يلحق بالنص وهو القياس الذى ينبه الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من اهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع اقوى وحجة العراقيين من طريق القياس اظهر وإذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف الى اختلافهم فى تغليب الاثر على القياس او تغليب القياس على الاثر اذا تعارضا وهى مسئلة مختلف فيها لكن الحق أن الاثر اذا كان نصاً ثابتاً فالواجب ان يغلب على القياس وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتاويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بان يتاول اللفظ او يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الالفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التى تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما إلا بالذوق العقلى كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوى ولذلك كثر الاختلاف فى هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب قال القاضى والذى يظهر لى والله اعلم أن قوله عليه السلام كل مسكر حرام وإن كان يحتمل ان يراد به القدر المسكر لا الجنس المسكر فان ظهوره في تعليق التحريم بالجنس اغلب على الظن من تعليقه بالقدر لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تاوله الكوفيون فانه لا يبعد ان يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سد ذريعة وتغليظاً مع أن الضرر انما يوجد في الكثير وقد ثبت من حال الشرع بالاجماع انه اعتبر فى الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر ان يلحق بالخمر وان يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا لنا صحة قوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه انفكاكاً فانه نص في موضع الخلاف ولا يصح ان تعارض النصوص بالمقاييس وأيضاً فان الشرع قد اخبر أن فى الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحلل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة في الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب ان يكون الامر

كذلك فى كل مايوجد فيه علة تحريم الخمر إلاان يثبت فى ذلك فارق شرعي واتفقوا على أن الانتباذ حلال مالم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه السلام فانتبذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه السلام انه كان ينتبذ وانه كان يريقه فى اليوم الثاني اوالثالث واختلفوا من ذلك في مسئلتين . إحداها فى الاوانى التى ينتبذ فيها ، والثانية فى انتباذ شيئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾

فانهم اجمعوا على جواز الانتباذ فى الاسقية واختلفوا فيماسواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباذ فى الدباء والمزفت ولم يكره غيرذلك وكره الثورى الانتباذ فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت وقال أبو حنيفة واصحابه لاباس بالانتباذ فى جميع الظروف والاوانى * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه ورد من طريق ابن عباس النهى عن الانتباذ فى الاربع التى كرهها الثورى وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ أن النبى عليه السلام نهى عن الانتباذ فى الدباء والمزفت وجاء فى حديث جابر عن النبي عليه السلام من طريق شريك عن سماك انه قال كنت نهيتكم ان تنبذوا في الدباء والحنتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا احل مسكراً وحديث ابى سعيد الخدرى الذى رواه مالك في الموطا وهو انه عليه السلام قال كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام فمن رأ أن النهى المتقدم الذى نسخ انما كان نهياً عن الانتباذ فى هذه الاوانى اذا لم يعلم هاهنا نهى متقدم غيرذلك قال يجوز الانتباذ في كل شئ ومن قال ان النهى المقدم الذى نسخ انما كان نهياً عن الانتباذ مطلقاً قال نفى النهى عن الانتباذ فى هذه الاواني فمن اعتمد فى ذلك حديث ابن عمر قال بالآيتين المذكورتين فيه ومن اعتمد فى ذلك حديث ابن عباس قال بالاربعة لانه يتضمن مزيداً والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر انما هى من باب دليل الخطاب وفى كتاب مسلم النهى عن الانتباذ فى الحنتم وفيه انه رخص لهم فيه إذا كان غير مزفت

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾

وهى انتباذ الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التى من شأنها ان تقبل الانتباذ وقال قوم بل الانتباذ مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهما حرام وان لم يكونا مما يقبلان الانتباذ فيما احسب الان * والسبب في اختلافهم ترددهم فى هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهة اوعلى الحظر واذا قلنا انه على الحظر فهل يدل على فساد المنهى عنه ام لا وذلك انه ثبت عنه عليه السلام انه نهى عن ان يخلط التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها انه قال عليه السلام لاتنتبذوا الزهو والزبيب جميعاً ولا التمر والزبيب جميعاً وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج فى ذلك بحسب التاويل الاقاويل الثلاثة قول بتحريمه وقول بتحليله مع الاثم في الانتباذ وقول بكراهية ذلك واما من قال انه مباح فلعله اعتمد فى ذلك عموم الأثر بالانتباذ في حديث ابى سعيد الخدرى واما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع هو الاختلاط لامايحدث عن الاختلاط من الشدة في النبيذ واما ان يكون قد تمسك بعموم ماورد انه نهى عن الخليطين واجمعوا على ان الخمر اذا تخللت من ذاتها جاز اكلها واختلفوا اذا قصد تخليلها على ثلاثة اقوال التحريم والكراهية والاباحة * وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر واختلافهم فى مفهوم الأثر وذلك ان اباداود خرج من حديث انس بن مالك ان ابا طلحة سأل النبى عليه السلام عن ايتام ورثوا خمراً فقال اهرقها قال افلا اجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهى لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا التحريم ايضاً على مذهب من يرى ان النهي لايعود بفساد المنهى والقياس المعارض لحمل الحل على التحريم انه قد علم من

ضرورة الشرع ان الاحكام المختلفة انما هى للذوات المختلفة وذات الخمر غير ذات الخل والخل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخل وجب ان يكون حلالا كيف ما انتقل

﴿ المسألة الثانية فى استعمال المحرمات فى حال الاضطرار ﴾

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والنظر فى هذا الباب فى السبب المحلل وفى جنس الشئ المحلل وفى مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذى اعنى اذا لم يجد شيئاً حلالا يتغذى به وهو لا خلاف فيه واما السبب الثانى طلب البرء وهذا المختلف فيه فمن اجازه احتج باباحة النبى عليه السلام الحرير لعبد الرحمان بن عوف لمكان حكة به ومن منعه فلقوله عليه السلام ان الله لم يجعل شفاء امتى فيما حرم عليها واما جنس الشئ المستباح فهو كل شئ محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف فى الخمر عندهم هو من قبل التداوى بها لا من قبل استعمالها فى التغذى ولذلك اجازوا للعطشان ان يشربها ان كان منها رى وللشرق ان يزيل شرقه بها واما مقدار ما يأكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعى وابو حنيفة لا يأكل منها الا ما يمسك الرمق وبه قال بعض اصحاب مالك * وسبب الاختلاف هل المباح له فى حال الاضطرار هو جميعها ام ما يمسك الرمق فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد واتفق مالك والشافعى على انه لا يحل للمضطر اكل الميتة اذا كان عاصياً بسفره لقوله تعالى غير باغ ولا عاد وذهب غيره الى جواز ذلك

﴿ انتهى كتاب الاطعمة والاشربة ﴾

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب النكاح ﴾

واصول هذا الكتاب تنحصر فى خمسة ابواب . الباب الاول فى مقدمات النكاح . الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح . الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح . الباب الرابع فى حقوق الزوجية . الباب الخامس فى الانكحة المنهى عنها والفاسدة

﴿ الباب الاول ﴾

وفى هذا الباب اربع مسائل فى حكم النكاح وفى حكم خطبة النكاح وفى الخطبة على الخطبة وفى النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور . وقال اهل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم مندوب اليه وفى حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت * وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر به فى قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وفى قوله عليه السلام تناكحوا فانى مكاثر بكم الامم وما اشبه ذلك من الاخبار الواردة فى ذلك على الوجوب ام على الندب ام على الاباحة فاما من قال انه فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم مندوب اليه وفى حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذى يسمى المرسل وهو الذى ليس له اصل معين يستند اليه وقد انكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به

﴿ واما خطبة النكاح ﴾

المروية عن النبى صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور انها ليست واجبة وقال داود هى واجبة * وسبب الخلاف هل يحمل فعله فى ذلك عليه السلام على الوجوب او على الندب فاما الخطبة على الخطبة فان النهى فى ذلك ثابت عن النبى عليه السلام

واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه اولا يدل وان كان يدل ففى اى حالة يدل فقال داود يفسخ وقال الشافعى وابو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعاً وثالث وهو انه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده وقال ابن القاسم انما منع النهى اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح واما ان كان الاول غير صالح والثانى صالح جاز واما الوقت عند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا فى اول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان اباجهم بن حذيفة ومعاوية بن ابى سفيان خطباها فقال اما ابو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء واما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحى اسامة واما النظر الى المرأة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط واجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدى السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق واجاز ابو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين * والسبب فى اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقاً وورد بالمنع مطلقاً وورد مقيداً أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء فى قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها انه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها فى الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء

﴿الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح﴾

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة اركان . الركن الاول فى معرفة كيفية هذا العقد . الركن الثانى فى معرفة محل هذا العقد ، الثالث فى معرفة شروط هذا العقد

﴿الركن الاول﴾

فى الكيفية والنظر فى هذا الركن فى مواضع فى كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه فى لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار ام لا يجوز وهل ان تراخى القبول من احد المتعاقدين لزم ذلك العقد ام من شرط ذلك الفور

﴿الموضع الاول﴾

الاذن فى النكاح على ضربين فهو واقع فى حق الرجال والثيب من النساء بالالفاظ وهو فى حق الابكار المستاذنات واقع بالسكوت اعنى الرضا وأما الرد فباللفظ ولا خلاف فى هذه الجملة الا ما حكى عن أصحاب الشافعى ان اذن البكر اذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستامر فى نفسها واذنها صماتها واتفقوا على ان انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج * واختلفوا فى انعقاده بلفظ الهبة او بلفظ البيع او بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح او التزويج * وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن الحقه بالعقود التى يعتبر فيها الامران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبار انما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأى لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعى من ذلك أعنى انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة

﴿الموضع الثانى﴾

واما من المعتبر قبوله فى صحة هذا العقد فانه يوجد فى الشرع على ضربين احدهما يعتبر فيه رضى المتناكحين انفسهما أعنى الزوج والزوجة اما مع الولى واما دونه على مذهب من لا يشترط الولى فى رضى المرأة المالكة امر نفسها والثانى يعتبر فيه رضى الاولياء فقط وفى كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها واصولها فنقول أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر انفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم فى صحة النكاح * واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك

يجبر

يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره * والسبب فى اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد ام ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا فى جبر الوصى محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب * وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له ام ليست بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغى الا يتوقف فى ذلك واما النساء اللائى يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضى الثيب البالغ لقوله عليه السلام والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكي عن الحسن البصرى واختلفوا فى البكر البالغ وفى الثيب الغير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد فاما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبى ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وأبو ثور وجماعة لابد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه *وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا العموم وذلك ان ما روى عنه عليه السلام من قوله لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستامر اليتيمة في نفسها خرجه ابوداود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه السلام فى حديث ابن عباس المشهور والبكر تستامر يوجب بعمومه استيمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه السلام والبكر يستاذنها أبوها وهو نص فى موضع الخلاف واما الثيب الغير البالغ فان مالكا وأبا حنيفة قال يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعى لا يجبرها وقال المتأخرون ان فى المذهب فيها ثلاثة أقوال قول ان الاب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب وقول انه يجبرها وإن بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها وإن لم تبلغ وهو قول أبي تمام والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه السلام تستامر اليتيمة فى نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا باذنها يفهم منه ان ذات الاب لا تستامر الا ما أجمع عليه الجمهور من استيمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه السلام الثيب أحق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح حتى تستاذن يدل بعمومه على ماقاله الشافعى ولاختلافهم فى هاتين المسئلتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما أجمعوا على ان الاب يجبر البكر غير البالغ وانه لا يجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذا فيهما جميعاً كما قلنا اختلفوا فى موجب الاجبار هل هو البكارة او الصغر فمن قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير بالغ والتعليل الاول تعليل ابى حنيفة والثانى تعليل الشافعى والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل ابى حنيفة واختلفوا فى الثيوبة التى ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضى اوالرد فذهب مالك وابو حنيفة الي انها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح اوشبهة نكاح اوملك وانها لا تكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعى كل ثيوبة ترفع الاجبار * وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه السلام الثيب احق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية ام بالثيوبة اللغوية واتفقوا على ان الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستامرها لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست اوسبع وبنى بها بنت تسع بانكاح ابى بكر ابيها رضى الله عنه الا ماروي من الخلاف عن ابن شبرمة واختلفوا من ذلك في مسئلتين احداهما هل تزوج الصغيرة غير الاب والثانية هل يزوج الصغير غير الاب فاما هل تزوج الصغيرة غير الاب أم لا فقال الشافعى يزوجها الجد ابو الاب والاب فقط وقال

مالك لايزوجها الا الاب فقط اومن جعل الاب له ذلك اذا عين الزوج الا ان يخاف عليها الضيعة والفساد وقال ابو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من اب وقريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه السلام والبكر تستامر واذنها صماتها يقتضى العموم فى كل بكر الا ذات الاب التى خصصها الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب ان يلحقوا بالاب في هذا المعنى فمنهم من الحق به جميع الاولياء ومنهم من الحق به الجد فقط لانه في معنى الاب اذ كان ابا اعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الاب رآ ان ما للاب فى ذلك غير موجود لغيره امامن قبل ان الشرع خصه بذلك واما من قبل انما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لايوجد في غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضي الله عنه وماذهب اليه اظهر والله أعلم الا ان يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الاباء بقوله تعالى فان خفتم الا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء قال واليتيم لاينطلق الا على غير البالغة والفريق الثاني قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه السلام تستامر اليتيمة والمستامرة هي من اهل الاذن وهى البالغ فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الاب بها بقوله عليه السلام تستامر اليتيمة فى نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستيمار باتفاق فوجب المنع ولاولئك ان يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من اهل الاستيمار واما الصغيرة فمسكوت عنها واما هل يزوج الولى غير الاب الصغير فان مالكاً اجازه للوصى وابا حنيفة اجازه للاولياء الا ان ابا حنيفة اوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعى ليس لغير الاب انكاحه * وسبب اختلافهم قياس غير الاب فى ذلك على الاب فمن رآ ان الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به ان يزوج الصغير من ولده لايوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن رآ انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ولذلك جعل ابو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا

﴿ وأما الموضع الثالث ﴾ وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز * والسبب فى اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار والبيوع التى يجوز فيها الخيار أو يقول ان الاصل فى العقود ان لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أو نقول ان اصل منع الخيار فى البيوع هو الغرر والانكحة لاغرر فيها لان المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولان الحاجة الى الخيار والرؤية فى النكاح أشد منه فى البيوع واما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فاجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل ان ينكح الولى امرأة بغير اذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقاً الشافعي وممن أجازه مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الامر الطويل والقصير لمالك * وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين فى وقت واحد معاً أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض فى البيع

﴿ الركن الثانى فى شروط العقد ﴾ وفيه ثلاثة فصول الفصل الاول فى الاولياء . الثانى فى الشهود . الثالث فى الصداق

﴿ الفصل الاول ﴾ والنظر فى الاولياء فى مواضع أربعة الاول فى اشتراط الولاية فى صحة النكاح الموضع الثاني فى صفة الولى الثالث فى أصناف الاولياء وترتيبهم فى الولاية ومايتعلق بذلك . الرابع فى عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولى

والمولى عليه ﴿ الموضع الاول ﴾ اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي وانها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة ان تستخلف رجلا من الناس انكاحها وكان يستحب ان تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعني انهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام * وسبب اختلافهم انه لم تات آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن ان يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط اسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف في صحتها الا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمه ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن قالوا وهذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضاً ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن واما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال ان ينكحن أزواجهن وقال حتى تنكح زوجا غيره واما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن ان يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا هو ان يكون خطابا لاولي الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين احرى منه ان يكون خطابا للاولياء وبالجملة فهو متردد بين ان يكون خطابا للاولياء او لاولى الامر فان قيل ان هذا عام والعام يشمل دون الامر والاولياء قيل ان هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي ماموراً بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لانه ليس فيها ذكر أصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تاخيره عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتراً او قريباً من التواتر لان هذا

مماتعم به البلوى ومعلوم انه كان في المدينة من لا ولى له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك
من يعقدها وأيضاً فان المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات
وهذا ظاهر والله أعلم وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به والاظهر انما لا يتفق على صحته انه
ليس يجب العمل به وأيضاً فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الاشتراط اذن الولى لمن لها ولى أعنى المولى عليها وان
سلمنا انه عام في كل امرأة فليس فيه ان المرأة لا تعقد على نفسها أعنى الا تكون هى التى تلى العقد بل الاظهر منه انه اذا
اذن الولى لها جاز ان تعقد على نفسها دون ان تشترط في صحة النكاح اشهاد الولى معها واما ما احتج به الفريق الآخر
من قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف فان المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن
بفعله دون أوليائهن وليس هاهنا شئ يمكن ان تستبد به المرأة دون الولى الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم ان لها
ان تعقد النكاح وللاولياء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وان يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم
ولا يحتج ببعضها فيه ضعف واما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص
الا ان يقوم الدليل على خلاف ذلك وأما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر لانه اذا كان
كل واحد منهما يستاذن ويتولى العقد عليهما الولي فبما ذا ليت شعرى تكون الايم أحق بنفسها من وليها ويحتمل ان
تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافياً فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى فلا جناح عليكم
فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف هو أظهر فى ان المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا
على ان الولى هو الذي يلى العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن
الزهرى وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك ان الزهرى لم يكن يشترط
الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضاً بحديث ابن عباس انه قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنه
مختلف فى رفعه وكذلك اختلفوا أيضاً فى صحة الحديث الوارد فى نكاح النبى عليه السلام ام سلمة وأمره لابنها ان
ينكحها اياه واما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل وذلك انه يمكن ان يقال ان الرشد اذا وجد فى المرأة اكتفى
به فى عقد النكاح كما يكتفى به فى التصرف فى المال ويشبهه ان يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها
الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة فى هذا المعنى على التابيد مع ان مايلحقها من العار فى القاء نفسها
فى غير موضع كفاءة يتطرق الى اوليائها لكن يكفى فى ذلك ان يكون للاولياء الفسخ او الحسبة والمسئلة
محتملة كما ترى لكن الذى يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء
وأصنافهم ومراتبهم فان تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه السلام تاخير البيان
عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضى ان ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم
تواتراً اوقريباً من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب ان يعتقد احد امرين اما انه ليست الولاية شرطاً فى صحة النكاح وإنما
للاولياء الحسبة فى ذلك وأما ان كانت شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولى واصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف
قول من يبطل عقد الولى الابعد مع وجود الاقرب

﴿الموضع الثانى﴾

وأما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية
وأن سوالبها اضداد هذه أعنى الكفر والصغر والانوثة . واختلفوا فى ثلاثة فى العبد والفاسق والسفيه فاما العبد

فالاكثر على منع ولايته وجوزها ابو حنيفة وأما الرشد فالمشهور فى المذهب أعنى عند اكثر اصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى وبقول الشافعي قال اشهب وابو المصعب * وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رآ انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيداً فى المال ومن رآ أن ذلك ممتنع الوجود قال لابد من الرشد في المال وهما قسمان كما ترى أعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للغير أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة الا يختار لها الكفاءة وقد يمكن ان يقال إن الحالة التي بها يختار الاولياء لولايتهم الكفؤ غير حالة العدالة وهى خوف لحوق العار بهم وهذه هى موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى شهادته ﴿الموضع الثالث﴾ وأما اصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولي اعلى واسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنية واختلفوا فى الوصى فقال مالك يكون الوصى ولياً ومنع ذلك الشافعى * وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستناب فيها ام ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا فى ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان اقرب عصبة كان احق بالولاية والابناء عنده اولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنوا الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنوا الاخوة للاب وان علوا ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه اولى من الاخ وابنه ليس من اصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده احق من الاسفل والوصى عنده اولي من ولى النسب أعنى وصى الاب واختلف اصحابه فيمن اولى وصى الاب او ولى النسب فقال ابن القاسم الوصى اولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولى اولى وخالف الشافعى مالكا فى ولاية البنوة فلم يجزها اصلا وفى تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية للابن وروى عن مالك أن الاب اولى من الابن وهو احسن وقال ايضاً الجد اولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبر التعصيب أعنى أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذى الرأى من اهلها او السلطان ولم يعتبره مالك فى الابن لحديث ام سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم امر ابنها ان ينكحها اياه ولانهم اتفقوا أعنى مالكا والشافعى على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة * وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو اقرب هل الجد او الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة احدها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد او الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية او لا تنتقل

﴿فاما المسئلة الاولى﴾ فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز او يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب فى ابنته البكر والوصى في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح فى هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب او غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى وقال الشافعى لا يعقد احد مع

حضور الاب لافي بكر ولافي ثيب * وسبب هذا الاختلاف هوهل الترتيب حكم شرعى أعني ثابتاً بالشرع في الولاية ام ليس بحكم شرعى وان كان حكماً فهل ذلك حق من حقوق الولى الاقرب ام ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال يجوز نكاح الابعد مع حضور الاقرب ومن رآ انه حكم شرعى ورآ انه حق للولى قال النكاح منعقد فان اجازه الولى جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رآ انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد انكر قوم هذا المعنى فى المذهب أعنى ان يكون النكاح منفسخاً غير منعقد

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان مالكا يقول اذا غاب الولي الاقرب انتقلت الولاية الى الابعد وقال الشافعى تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة فى ذلك بمنزلة الموت ام لا وذلك انه لاخلاف عندهم فى انتقالها فى الموت ﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي غيبة الاب عن ابنته البكر فان فى المذهب فيها تفصيلا واختلافاً وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة اوقربه والجهل بمكانه او العلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون وإما للامرين جميعاً فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة اوكان الاب مجهول الموضع اواسيراً وكانت في صون وتحت نفقة انها ان لم تدع على التزويج لاتزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه ام لا اذا كان بعيداً فقيل تزوج وهوقول مالك وقيل لاتزوج وهوقول عبد الملك وابن وهب وأما ان عدمت النفقة اوكانت في غير صون فانها تزوج ايضاً في هذه الاحوال الثلاثة أعنى في الغيبة البعيدة وفى الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت فى غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما احسب انها لاتزوج فى الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذى انبنى عليه هذا النظر ان يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه تجوز ولاية الابعد مع حضور الاقرب فان جعلت امرأة امرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لايخلوا ان يكون تقدم احدهما فى العقد على الاخر اويكونا عقداً معاً ثم لايخلوا ذلك من ان يعلم المتقدم اولا يعلم فاما اذا علم المتقدم منهما فاجمعوا على انها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما ، واختلفوا اذا دخل الثانى فقال قوم هى للاول وقال قوم هى للثاني وهوقول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعى وابن عبد الحكم وأما ان انكحاها معاً فلاخلاف فى فسخ النكاح فيما اعرف * وسبب الخلاف فى اعتبار الدخول اولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قد روى انه عليه السلام قال ايما امرأة انكحها وليان فهى للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضى انها للاول دخل بها الثاني او لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السلعة فى البيع المكروه وهوضعيف واما ان لم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل احدهما وقال شريح تخير فايهما اختارت كان هو الزوج وهوشاذ وقد روي عن عمر بن عبد العزيز

﴿ الموضع الرابع فى عضل الاولياء ﴾ واتفقوا على انه ليس للولى ان يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وانها ترفع امرها الى السلطان فيزوجها ماعدا الاب فانه اختلف فيه المذهب ، واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هى الكفاءة المعتبرة فى ذلك وهل صداق المثل منها ام لا وكذلك اتفقوا على أن للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالاب فى ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق اوالبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم وكذلك الوصى فى محجوره على القول بالجبر . فاما الكفاءة

فانهم

فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر فى ذلك الاماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذا زوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن له حرام اوممن هو كثير الحلف بالطلاق . واختلفوا فى النسب هل هو من الكفاءة ام لا وفى الحرية وفى اليسار وفى الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك انه يجوز نكاح الموالى من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى إن أكرمكم عند الله اتقاكم وقال سفيان الثورى وأحمد لاتزوج العربية من مولى وقال ابو حنيفة واصحابه لاتزوج قرشية الا من قرشى ولاعربية الا من عربى * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه السلام تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رآ ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه السلام فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رآ أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وأنه لايخرج من ذلك الاما اخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ولم يختلف المذهب ايضاً أن الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعنى اذا كان فقيراً غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم يرذلك ابو حنيفة وأما الحرية فلم يختلف المذهب انه من الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخيير الامة اذا عتقت وأما مهر المثل فان مالكا والشافعي يريان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينكح ابنته باقل من صداق المثل أعنى البكر وأن البنت الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء مقال وقال ابو حنيفة مهر المثل من الكفاءة * وسبب اختلافهم أما في الاب فلاختلافهم هل له ان يضع من صداق ابنته البكر شيئاً ام لا . وأما فى الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية فى مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية ام ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لايرتفع عنها فى التصرف فى النكاح والصداق من اسبابه وقد كان هذا القول اخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكن اتى الامر بالعكس ويتعلق باحكام الولاية مسئلة مشهورة وهى هل يجوز المولى ان ينكح وليته من نفسه ام لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعي قياساً على الحاكم والشاهد أعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا اعلم لمالك حجة فى ذلك الا ما روى من انه عليه السلام تزوج ام سلمة بغير ولى لان ابنها كان صغيراً وما ثبت انه عليه السلام اعتق صفية فجعل صداقها عتقها والاصل عند الشافعي فى انكحة النبى عليه السلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته فى هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله فى الامام الاعظم

﴿الفصل الثاني فى الشهادة﴾

واتفق ابو حنيفة والشافعى ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هو شرط تمام يؤمر به عند الدخول اوشرط صحة يؤمر به عند العقد واتفقوا على انه لا يجوز نكاح السر واختلفوا اذا اشهد شاهدان ووصيا بالكتمان هل هو سر اوليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ وقال ابو حنيفة والشافعى ليس بسر * وسبب اختلافهم هل الشهادة فى ذلك حكم شرعى ام انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف او الانكار فمن قال حكم شرعى قال هى شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط التمام والاصل فى هذا ما روى عن ابن عباس لانكاح الا بشاهدى عدل او ولى مرشد ولا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس رآ هذا داخلا فى باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدار قطنى وذكر أن فى سنده مجاهيل وابو حنيفة ينعقد النكاح

عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة وأما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان * وسبب اختلافهم هل ماتقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر ام لا والاصل في اشتراط الاعلان قول النبى عليه السلام اعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه ابوداود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت وقال ابو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لاشرط صحة ولاشرط تمام وفعل ذلك الحسن بن على روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم اعلن بالنكاح

الفصل الثالث فى الصداق

والنظر فى الصداق فى ستة مواضع، الاول فى حكمه وصفات اركانه. الموضع الثاني فى تقرر جميعه للزوجة. الموضع الثالث فى تشطيره، الموضع الرابع فى التفويض وحكمه. الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها. الموضع السادس فى اختلاف الزوجين فى الصداق

الموضع الاول

وهذا الموضع فيه اربع مسائل: الاولى فى حكمه. الثانية فى قدره. الثالثة فى جنسه ووصفه. الرابعة فى تأجيله

المسئلة الاولى

اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لايجوز التواطؤا على تركه لقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة وقوله تعالى فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجورهن

المسئلة الثانية

واما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حد *واختلفوا فى أقله فقال الشافعى واحمد واسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لاقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشئ جاز ان يكون صداقا وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور فى ذلك مذهبان احدهما مذهب مالك واصحابه والثانى مذهب ابى حنيفة واصحابه فاما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب او ثلاثة دراهم كيلا من فضة او ماساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط فى المشهور او قيل او مايساوى احدهما وقال ابو حنيفة عشرة دراهم اقله وقيل خمسة دراهم وقيل اربعون درهما *وسبب اختلافهم في التقدير سببان احدهما تردده بين أن يكون عوضاً من الاعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان اوبالكثير كالحال فى البيوعات وبين ان تكون عبادة فيكون موقتاً وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ومن جهة انه لايجوز التراضى على اسقاطه يشبه العبادة * والسبب الثاني معارضة هذا القياس المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذى لا يقتضى التحديد أما القياس الذى يقتضى التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقتة وأما الاثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياماً طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من شئ تصدقها اياه فقال ما عندى الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئاً فقال لااجد شيئاً فقال عليه السلام التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انكحتكها بما معك من القرآن قالوا فقوله عليه السلام التمس ولو خاتماً من حديد دليل على انه لاقدر لاقله لانه لوكان له قدر لبينه اذ لايجوز تاخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال

بين كما ترى مع أن القياس الذى اعتمد القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين . احداهما أن الصداق عبادة : والثانية أن العبادة موقتة وفى كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلفى فى الشرع من العبادات ماليست موقتة بل الواجب فيها هو اقل ما ينطلق عليه الاسم وايضاً فانه ليس فيه شبه العبادات خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال ان يكون ذلك الاثر خاصاً بذلك الرجل لقوله فيه قد انكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء فى بعض رواياته انه قال قم فعلمها لما ذكر انه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا اصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئاً اقرب شبهاً به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذى استعملوه فى ذلك هو انهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب ان يكون مقدراً اصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل ان الاستباحة فيهما هى مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع عند الوطء وايضاً فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى وبعض خلقة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذى به تشابه الفرع والاصل شيئاً واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم فى هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس فى اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو فى غاية الضعف وانما استعملوه فى تعيين قدر التحديد واما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذى ان امراة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال فيه هو حديث حسن صحيح *ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار او ثلاثة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده ايضاً فى السرقة. وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محدداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه السلام انه قال لا مهر باقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند اهل الحديث فانه يرويه قالوا ميسر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر وميسر والحجاج ضعيفان وعطاء ايضاً لم يلق جابراً ولذلك لا يمكن ان يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد

﴿المسألة الثالثة﴾

اما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وان يكون عوضاً واختلفوا من ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة وفى جعل عتق امته صداقها * أما النكاح على الاجارة ففى المذهب فيه ثلاثة أقوال قول بالاجازة وقول بالمنع وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من اصحابه اصبغ وسحنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة الا فى العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سببان أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه ام الامر بالعكس فمن قال هو لازم اجازه لقوله تعالى انى اريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج الاية ومن قال ليس بلازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثانى هل يجوز ان يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك أن الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك

أن اصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معزوفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستاجر وأما كون العتق صداقاً فانه منعه فقهاء الامصار ما عدا داود وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد فى ذلك للاصول أعنى ماثبت من انه عليه السلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصاً به عليه السلام لكثرة اختصاصه فى هذا الباب ووجه مفارقته للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لاتتضمن استباحة الشئ بوجه آخر لانها اذا اعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعى انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى أنها قد اتلفت عليه قيمتها اذ كان انما أتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لايعارض به فعله عليه السلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه السلام والاصل أن افعاله لازمة لنا الا ماقام الدليل على خصوصيته * وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف اعني المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا فى العرض الغير موصوف ولامعين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد او خادم من غير ان يصف ذلك وصفاً يضبط قيمته فقال مالك وأبوحنيفة يجوز وقال الشافعى لايجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى وقال أبوحنيفة يجبر على القيمة * وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح فى ذلك مجرى البيع من القصد فى التشاح او ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه اكثر ذلك المكارمة فمن قال يجرى فى التشاح مجرى البيع قال كما لايجوز البيع على شئ غير موصوف كذلك لايجوز فى النكاح ومن قال ليس يجري مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز وأما التاجيل فان قوماً لم يجيزوه اصلا وقوم اجازوه واستحبوا ان يقدم شيئاً منه اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التاجيل منهم من لم يجزه الا لزمن محدود وقدر هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من اجازه لموت او فراق وهو مذهب الاوزاعى * وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التاجيل اولايشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التاجيل لموت اوفراق ومن قال لايشبهه أجاز ذلك ومن منع التاجيل فلكونه عبادة

﴿الموضع الثاني فى النظر فى التقرر﴾

واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول او الموت أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تاخذوا منه شيئاً الاية * وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الان فيه دليلا مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس ام ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذى يعنون بارخاء الستور فقال مالك والشافعى وداود لايجب بارخاء الستور الا نصف المهر مالم يكن المسيس وقال ابو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا أن يكون محرماً اومريضاً اوصائماً فى رمضان اوكانت المرأة حائضاً وقال ابن ابى ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط فى ذلك شيئا * وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حكم الصحابة فى ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز ان يوخذ من صداقها شئ في قوله تعالى وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض ونص في المطلقة قبل المسيس ان لها نصف الصداق فقال تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم وهذا نص كما ترى فى حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعنى قبل المسيس

وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجابا ظاهراً ان الصداق لايجب الا بالمسيس والمسيس هاهنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على اصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ولذلك قال مالك فى العنين المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل لما دون الجماع تاثيراً فى ايجاب الصداق واما الاحكام الواردة فى ذلك عن الصحابة فهو ان من اغلق بابا او ارخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم فى ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو اذا اختلفا فى المسيس اعنى القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل ان تدعي هي المسيس وينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكراً نظر اليها النساء فيتحصل فيها فى المذهب ثلاثة اقوال وقال الشافعى وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعي عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعي عليه من جهة ماهو مدعى عليه بل من جهة ماهو اقوى شبهة فى الاكثر ولذلك يجعل القول فى مواضع كثيرة قول المدعي اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل اوغير معلل وكذلك القول في وجوب البينة على المدعي وسياتى هذا فى مكانه

﴿الموضع الثالث فى التشطير﴾ واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى فنصف مافرضتم الاية . والنظر في التشطير فى اصول ثلاثة في محله من الانكحة وفى موجبه من انواع الطلاق اعني الواقع قبل الدخول وفى حكم ما يعرض له من التغييرات قبل الطلاق اما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح اعنى ان يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول في النكاح الصحيح واما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا او طلق قبل الفسخ ففى ذلك قولان وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لاباختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق او النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد اومن قبل الصداق وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لهما فى ذلك اختيار اصلا واما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار اوكان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة اوجب التشطير والذى يقتضيه مذهب اهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب ان يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها اوسببه وان ما كان فسخاً ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه * وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى ام ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها من الجبر على رد سلعتها واخذ الثمن كالحال فى المشترى فاما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شئ لانها اسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه اوسببها فاما حكم مايعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فان ذلك لايخلوا ان يكون من قبلها او من الله فما كان من قبل الله فلا يخلوا من اربعة اوجه اما ان يكون تلفاً للكل واما ان يكون نقصاً واما ان يكون زيادة وإما ان يكون زيادة ونقصا معاً وما كان من قبلها فلا يخلوا ان يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة

اويكون تصرفهافيه في منافعها الخاصة بها اوفيما تجهز به الى زوجها فعند مالك انهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعى انه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة * وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول اوالموت ملكا مستقراً اولا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقراً قال هما فيه شريكان مالم تتعد فتدخله فى منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقراً والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك اوجب الرجوع عليها بجميع ماذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف : واختلفوا اذا اشترت به مايصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته ام بنصف الصداق الذى هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته وقال ابو حنيفة والشافعى يرجع عليها بنصف الثمن الذى هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب ان يعفو عن نصف الصداق فى ابنته البكر أعنى اذا طلقت قبل الدخول وللسيد في امته فقال مالك ذلك له وقال ابو حنيفة والشافعى ليس ذلك له * وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذى في قوله تعالى إلا ان يعفون او يعفوا الذى بيده عقدة النكاح وذلك فى لفظة يعفوا فانها تقال فى كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى تهب وفي قوله الذى بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولى او على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفوا بمعنى تهب ومن قال على الولي جعل يعفوا بمعني تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولى ان يعفوا عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه ان يكون هذان الاحتمالان الذى فى الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكماً زائداً فى الآية أى شرعا زائداً لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولى إما الاب وإما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه ان يأتى بدليل يبين به أن الآية اظهر فى الولى منها فى الزوج وذلك شئ يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها ان تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز ان تهب مصيراً لعموم قوله تعالى إلا ان يعفون ، واختلفوا من هذا الباب فى المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق * وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو فى عين الصداق او فى ذمة المرأة فمن قال فى عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو فى ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة فى هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شئ كأنه رأى ان الحق في العين مالم تقبض فاذا قبضت صار في الذمة

﴿الموضع الرابع في التفويض﴾ وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو ان يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ، واختلفوا من ذلك فى موضعين ، أحدها اذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا فى القدر . والموضع الثانى اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق ام لا ﴿فاما المسئلة الاولى﴾ وهى اذا قامت المرأة تطلب ان يفرض لها مهراً فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج فى ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شئ لان اصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح وهو قول ابى حنيفة واصحابه وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما ان يفرض ماتطلبه المرأة به واما

ان يفرض صداق المثل ويلزمها * وسبب اختلافهم أعنى بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلقها بعد طلبها الفرض ومن لا يوجبه اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن اوتفرضوا لهن فريضة هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق اولم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضاً فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال اولا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه فى كل حال لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ولا خلاف اعلمه في انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شئ وقد كان يجب على من اوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض واوجب لها مهر المثل فى نكاح التفويض ان يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق فى نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب ان يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر فى المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج

﴿وأما المسئلة الثانية﴾

وهى اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا واصحابه والاوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال ابو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال احمد وداود وعن الشافعى القولان جميعاً الا ان المنصور عند اصحابه هو مثل قول مالك * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال اقول فيها برأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطئاً فمنى ارى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعى فقال اشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق خرجه ابو داود والنسائى والترمذى وصححه وأما القياس المعارض لهذا هو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياساً على البيع وقال المزنى عن الشافعى فى هذه المسئلة ان ثبت حديث بروع فلا حجة في قول احد مع السنة والذى قاله هو الصواب والله اعلم

﴿الموضع الخامس فى الاصدقة الفاسدة﴾

والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل اوغرر فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير ومالا يجوز ان يتملك والذى يفسد من قبل الغرر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة

﴿المسئلة الاولى﴾

اذا كان الصداق خمراً اوخنزيراً اوثمرة لم يبد صلاحها اوبعيراً شارداً فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك فى ذلك روايتان . احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول ابي عبيد ، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل * وسبب اختلافهم هل حكم النكاح فى ذلك حكم البيع ام ليس كذلك فمن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً فى صحة العقد قال يمضى النكاح ويصحح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه اصول مالك ان يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ولست اذكر الآن فيه نصاً

﴿المسئلة الثانية﴾

واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل ان يدفع اليه عبدا اويدفع الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور واجازه اشهب وهو قول ابي حنيفة وفرق عبدالله فقال ان كان

الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بامر لايشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعي فمرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح فى ذلك شبيه بالبيع ام ليس بشبيه فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ومن جوز فى النكاح من الجهل مالايجوز فى البيع قال يجوز ﴿المسئلة الثالثة﴾

واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه فى صداقها حباءً يحبى به الاب على ثلاثة اقوال فقال ابو حنيفة واصحابه الشرط لازم والصداق صحيح وقال الشافعي المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح فى ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباً قال لايجوز النكاح كما لايجوز البيع ومن جعل النكاح فى ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز واما تفريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط فى عقد النكاح ان يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق عن الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثورى وابى عبيد وخرج النساءى وابوداود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن اعطيه واحق ما اكرم الرجل عليه ابنته واخته وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص فى قول مالك وقال ابو عمر بن عبد البر اذا رونه الثقات وجب العمل به ﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا فى الصداق يستحق او يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت واختلفوا هل يرجع بالقيمة او بالمثل او بمهر المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب فى ذلك فقيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال ابوالحسن اللخمى ولو قيل يرجع بالاقل من القيمة او صداق المثل لكان ذلك وجهاً وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح فى ذلك البيع اولا يشبهه فمن شبهه قال ينفسخ ومن لم يشبهه قال لا ينفسخ

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على ان الصداق الف ان لم يكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق الفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعي وبه قال ابو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة وقال ابو حنيفه ان كانت له امرأة فلها الف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن اكثر من الالفين او اقل من الالف ويتخرج في هذا قول ان النكاح مفسوخ لمكان القدر ولست اذكر الان نصاً فيها فى المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به فهو المثل اذا قضى به فى هذه المواضع وما اشبهها فقال مالك يعتبر فى جمالها ونصابها ومالها وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال ابو حنيفة يعتبر فى ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة فى المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال لقوله عليه السلام تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث

﴿الموضع السادس فى اختلاف الزوجين في الصداق﴾

واختلافهم لايخلوا ان يكون فى القبض او فى القدر او في الجنس او فى الوقت اعنى وقت الوجوب فاما إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كثيراً فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول واتي الزوج بما يشبه والمرأة بما تشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف

احدهما

احدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعاً كان بمنزلة اذا حلفا جميعاً ومن اتي بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج، وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه وبه قال ابو ثور وابن ابى ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة إذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعي والثورى وجماعة وقد قيل انها ترد إلى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل اكثر مما ادعت واقل مما ادعى هو واختلافهم مبنى على اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك معلل او غير معلل فمن قال معلل قال يحلف ابداً اقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لانها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدراً زائداً فهو مدعي عليه وقيل ايضاً يتحالفان ابداً لان كل واحد منهما مدعي عليه وذلك عند من لم يراع الاشباه والخلاف في ذلك فى المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رآ انهما لا يستويان ابداً فى الدعوى بل يكون احدهما ولابد اقوى شبهة وذلك انه لايخلوا دعواها من ان يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها او يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعى فى التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع فى ذلك ام ليس يشبهه به فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ومن قال لايشبهه لان الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من اصحاب مالك انه لا يجوز لهم بعد التحالف ان يتراضيا على شيء ولا ان يرجع احدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو فى غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع ان وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه واما اذا اختلفا فى القبض فقالت الزوجة لم اقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور والقول قول المرأة الشافعي والثورى وأحمد وابو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول وقال بعض أصحابه انما قال ذلك مالك لان العرف بالمدينة كان عندهم الايدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بان القول قولها ابداً احسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعي قوة الشبهة التى له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين وبيمين أحسن وأما اذا اختلفا فى جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هى زوجتك على هذا الثوب فالمشهور فى المذهب انهما يتحالفان وينفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولها اولم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبها كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل وقول الشافعى فى هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر أعنى يتحالفان ويتراجعان الى مهر المثل * وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ فى البيع سنعرف اصله فى كتاب البيوع ان شاء الله وأما اختلافهم فى الوقت فانه يتصور فى الكالئ والذى يجيء على اصل قول مالك فيه فى المشهور عنه ان القول في الاجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضاً متى يجب هل قبل الدخول أو بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لايجب الا بعد الدخول قياساً على البيع اذ لا يجب الثمن على المشترى الا بعد قبض السلعة ومن رآ ان الصداق عبادة تشترط فى الحلية قال يجب قبل الدخول ولذلك

استحب مالك ان يقوم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق

﴿الركن الثالث في معرفة محل العقد﴾ وكل امرأة فانها تحل في الشرع بوجهين امابنكاح اوبملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاالى قسمين موانع مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة أحدها مانع العدد . والثاني مانع الجمع . والثالث مانع الرق . والرابع مانع الكفر . والخامس مانع الاحرام والسادس مانع المرض . والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم تابيده . والثامن مانع التطليق ثلاثا للمطلق والتاسع مانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً ففي هذا الباب أربعة عشر فصلا

﴿الفصل الاول في مانع النسب﴾ واتفقوا على ان النساء اللائي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت واتفقوا على ان الام هاهنا اسم لكل انثي لهاعليك ولادة من جهة الام أومن جهة الاب والبنت اسم لكل انثي لك عليها ولادة من قبل الابن اومن قبل البنت اومباشرة واما الاخت فهو اسم لكل انثى شاركتك في احداصليك اوبمجموعيهما اعنى الاب او الام اوكليهما والعمة اسم لكل انثي هي اخت لابيك اولكل ذكرله عليك ولادة واما الخالة فهو اسم لاخت امك او اخت كل انثي لها عليك ولادة وبنات الاخ اسم لكل انثى لاخيك عليها ولادة من قبل امها اومن قبل ابيها اومباشرة وبنات الاخت اسم لكل انثي لاختك عليها ولادة مباشرة اومن قبل امها اومن قبل ابيها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولاخلاف اعلمه في هذه الجملة والاصل فيها قوله تعالى حرمت عليكم الى آخر الاية وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين

﴿الفصل الثاني في المصاهرة﴾ واما المحرمات بالمصاهرة فانهن اربع زوجات الاباء والاصل فيه قوله تعالى ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء الاية وزوجات الابناء والاصل في ذلك ايضاً قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وامهات النساء ايضاً والاصل في ذلك قوله تعالي وامهات نسائكم وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فهؤلاء الاربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الاباء والابناء وواحدة بالدخول وهى ابنة الزوجة واختلفوا منها في موضعين احدهما هل من شرطها ان تكون فى حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة او بالوطء واما ام الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء او بالعقد على البنت فقط واختلفوا ايضاً من هذا الباب فى مسئلة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم مايوجبه النكاح الصحيح اوالنكاح يشبهه فهنا اربع مسائل ﴿المسئلة الاولى﴾ وهى هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج ام ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على ان ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله تعالى اللاتى فى حجوركم وصف له تاثير في الحرمية اوليس له تاثير وانماخرج مخرج الموجود الاكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الاكثروليس هو شرطاً في الربائب اذ لافرق فى ذلك بين التى فى حجره اوالتى ليست في حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لاتحرم الا اذا كانت في حجره ﴿المسئلة الثانية﴾ وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط اوبالوطء فانهم اتفقوا على ان حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء

من

من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة او لغير شهوة هل ذلك يحرم ام لا فقال مالك والثوري وابو حنيفة والاوزاعي والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو احد قولي الشافعي وقال داود والمزني لايحرمها الا الوطء وهو احد قولي الشافعي المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلذذ الى أي عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة في النظر الي الفرج فقط وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم في ذلك ابن ابي ليلى والشافعي في احد قوليه فلم يوجب في النظر شيئاً واوجب في اللمس، ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن الوطء او التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر ام لا ﴿المسئلة الثالثة﴾ وام الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالعقد على البنت دخل بها او لم يدخل وذهب قوم الي ان الام لاتحرم الا بالدخول على البنت كالحال في البنت أعني أنها لاتحرم الا بالدخول على الام وهو مروى عن علي وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن يعود الى اقرب مذكور وهم الربائب فقط او الى الربائب والامهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتي دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى الاقرب مذكور وهم البنات ومن الحجة للجمهور ماروى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي عليه السلام قال ايما رجل نكح امرأة فدخل بها او لم يدخل فلاتحل له امها ﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء مايوجب الوطء في نكاح صحيح او شبهة أعني الذي يدرأ فيه الحد فقال الشافعي الزنا بالمرأة لايحرم نكاح امها ولا ابنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي يحرم الزنا مايحرم النكاح وأما مالك في الموطأ فعنه مثل قول الشافعي انه لايحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابي حنيفة انه يحرم وقال سحنون اصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى مافي الموطا وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لايحرم وهو شاذ * وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح أعني في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم قال يحرم الزنا ومن راعي الدلالة الشرعية قال لايحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمية التي بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا ايضاً ومن شبهه بالنسب قال لايحرم لاجماع الاكثر على أن النسب لايلحق بالزنا . واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على ان الوطء بملك اليمين يحرم منه مايحرم الوطء بالنكاح * واختلفوا في تاثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح

﴿الفصل الثالث في مانع الرضاع﴾

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه مايحرم من النسب أعني أن المرضعة تنزل منزلة الام تحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب * واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد منها تسع * احداها في مقدار المحرم من اللبن * والثانية في سن الرضاع * والثالثة في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً * والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي اولايعتبر * والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة ام لايعتبر * والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق اولايعتبر * والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعني الزوج من المرضع منزلة اب وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة اب * والثامنة الشهادة على الرضاع * والتاسعة صفة المرضعة

﴿المسئلة الاولى﴾

امامقدار المحرم من اللبن فان قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك واصحابه وروى عن على وابن مسعود وهوقول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال ابوحنيفة واصحابه والثوري والاوزاعى وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لاتحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فمافوقها وبه قال ابو عبيد وأبوثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعى وقالت طائفة عشر رضعات * والسبب فى اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث فى ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى وامهاتكم اللاتى أرضعنكم الاية وهذا يقتضى ماينطلق عليه اسم الارضاع والأحاديث المتعارضة فى ذلك راجعة الى حديثين فى المعني . أحدهما حديث عائشة وما فى معناه انه قال عليه السلام لاتحرم المصة ولاالمصتان او الرضعة اوالرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق ام الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتحرم الاملاجة ولا الاملاجتان . والحديث الثاني حديث سهلة فى سالم انه قال لها النبى صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات وحديث عائشة فى هذا المعنى ايضاً قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن ممايقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للاية وجمع بينها وبين الاية ورجح مفهوم دليل الخطاب فى قوله عليه السلام لاتحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب فى حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هى التى تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله لاتحرم المصة ولا المصتان يقتضى أن مافوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله أرضعيه خمس رضعات يقتضي أن مادونها لاتحرم والنظر فى ترجيح احد دليلى الخطاب

﴿المسئلة الثانية﴾

واتفقوا على أن الرضاع يحرم فى الحولين واختلفوا فى رضاع الكبير فقال مالك وأبوحنيفة والشافعى وكافة الفقهاء لايحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام * وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى ذلك حديثان . أحدهما حديث سالم وقد تقدم ، والثاني حديث عائشة خرجه البخارى ومسلم قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب فى وجهه فقلت يارسول الله انه أخي من الرضاعة فقال عليه السلام انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لايحرم اللبن الذى لايقوم للمرضع مقام الغذاء الا أن حديث سالم نازلة فى عين وكان سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لانها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير

﴿المسئلة الثالثة﴾

واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم ارضعته امرأة فقال مالك لايحرم ذلك الرضاع وقال ابوحنيفة والشافعى تنتشر الحرمة به * وسبب اختلافهم فى مفهوم قوله عليه السلام فانما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل ان يريد بذلك الرضاع الذى يكون فى سن المجاعة كيف ما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل ان يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة فالاختلاف آئل الى أن الرضاع الذى سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للاطفال وهو الافتقار الذى سببه سن الرضاع اوافتقار المرضع نفسه وهوالذى يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون

بتاثير

بتاثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام اولم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول عنه الى ثلاثة اشهر وقال ابو حنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم مايظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع من مجاعة اللبن وقوله عليه السلام إنما الرضاعة من المجاعة يقتضي عمومه ان ما دام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لايحرم * وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيف ماوصل الى الجوف اووصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لايحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيف ماوصل قال يحرم ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق ان يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا فى ذلك ايضاً فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء اوغيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعى وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة مالو انفرد اللبن اوكان مختلطاً لم تذهب عينه * وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمية اذا اختلط بغيره ام لايبقى به حكمها كالحال فى النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والاصل المعتبر فى ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شئ طاهر ﴿ المسئلة السادسة ﴾ وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق اولا يعتبر فانه يشبه ان يكون هذا هو سبب اختلافهم فى السعوط باللبن والحقنة به ويشبه ان يكون اختلافهم فى ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء اولا يصل ﴿ المسئلة السابعة ﴾

وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة ابا المرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما مايحرم من الاباء والابناء الذين من النسب وهى التى يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابو حنيفة والشافعى واحمد والاوزاعي والثورى لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لايحرم لبن الفحل وبالاول قال على وابن عباس وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء افلح اخو ابي القعيس يستاذن على بعد ان ارسل الحجاب فابيت ان اذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فادني له فقلت يارسول الله انما ارضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك فمن رأى أن ما فى هذا الحديث شرع زائد على مافي الكتاب وهو قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وعلى قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة انما ورد على جهة التاصيل لحكم الرضاع اذ لايجوز تاخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك فى الحديث ان عمل بمقتضاه اوجب ان يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهى الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التى يقصد بها التاصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة وبخاصة التى تكون في عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس لانترك كتاب الله لحديث امرأة

﴿ المسئلة الثامنة ﴾ وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لاتقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لاتقبل فيه الا شهادة اربع وبه قال الشافعي وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين اجازوا ايضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولهما قبل الشهادة وهو مذهب ابي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه انه لاتجوز فيه شهادة اقل من اثنين * والسبب في اختلافهم امابين الاربع من اثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيماليس يمكن فيه شهادة الرجل اويكفي في ذلك امرأتان وستاتى هذه المسئلة في كتاب الشهادات انشاء الله تعالى وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعني انه لايقبل من الرجال اقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك اما ان يكون اضعف من حال الرجال واما ان يكون احوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لايقضى بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يارسول الله إني تزوجت امرأة فاتت امرأة فقالت قد ارضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الاصول وهو اشبه وهي رواية عن مالك ﴿ المسئلة التاسعة ﴾

وأما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ واليائسة من المحيض كان لها زوج اولم يكن حاملا كانت اوغير حامل وشذ بعضهم فاوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن ان يكون له حكم شرعي وان وجد فليس لبناً الا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة * وسبب الخلاف هل يتناولها العموم اولا يتناولها ولا لبن للميتة ان وجد لها الا باشتراك الاسم ويكاد ان يكون مسئلة غير واقعة فلايكون لها وجود الا في القول ﴿ الفصل الرابع في مانع الزنا ﴾ واختلفوا في زواج الزانية فاجازها الجمهور ومنعها قوم * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى والزانية لاينكحها الازان اومشرك وحرم ذلك على المومنين هل خرج مخرج الذم اومخرج التحريم وهل الاشارة في قوله وحرم ذلك على المومنين الى الزنا اوالى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لاعلى التحريم لماجاء في الحديث أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لاترد يدلامس فقال له النبي عليه السلام طلقها فقال له اني احبها فقال له فامسكها وقال قوم ايضاً ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن وأما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان ﴿ الفصل الخامس في مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح اربعة من النساء معاً وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العبيد وفيما فوق الاربع أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً وبه قال اهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعي لايجوز له الجمع الا بين اثنين فقط * وسبب اختلافهم هل العبودية لها تاثير في اسقاط هذا العدد كما لها تاثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا عنه وكذلك في الطلاق عند من رآ ذلك وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا أعني أن حده نصف حد الحر واختلفوا في غير ذلك وأما مافوق الاربع فان الجمهور على انه لايجوز الخامسة لقوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ولماروى عنه عليه السلام انه

قال لغيلان لما اسلم وتحته عشر نسوة امسك اربعاً وفارق سائرهن وقال فرقة يجوز تسع ويشبه ان يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع فى الآية المذكورة أعني جمع الاعداد فى قوله تعالى مثني وثلاث ورباع

﴿الفصل السادس فى مانع الجمع﴾ واتفقوا على انه لايجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ، واختلفوا فى الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين لعموم الاستثناء فى آخر الاية وهو قوله تعالى الا ماملكت ايمانكم وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل ان يعود لاقرب مذكور ويحتمل ان يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع علي انه لا تاثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ملك اليمين ويحتمل ان لايعود الاالى اقرب مذكور فيبقي قوله وأن تجمعوا بين الاختين على عمومه ولاسيما ان علانا ذلك بعلة الاخوة اوبسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع فى ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وأبو حنيفة واجازه الشافعي وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه السلام من حديث ابي هريرة وتواتره عنه عليه السلام من انه قال عليه السلام لاتجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على ان العمة ههنا هي كل انثى هي اخت لذكر له عليك ولادة امابنفسه وامابواسطة ذكر آخر وان الخالة هي كل انثى هي اخت لكل انثى لها عليك ولادة امابنفسها وامابتوسط انثى غيرها وهن الحرات من قبل الام واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص امهو من باب الخاص اريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص اريد به العام اختلفوا اى عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص اريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة اوغير محرمة فلايجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتى عم اوعمة ولابين ابنتى خال اوخالة ولابين المرأة وبنت عمها او بنت عمتها ولابينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعنى لوكان احدهما ذكراً والاخرانثي لم يجز لهما ان يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبرهذا من الطرفين جميعاً اعني اذاجعل كل واحد منهما ذكراً والاخر انثي فلم يجز لهما ان يتناكحا فهؤلاء لايحل الجمع بينهما واما ان جعل في احد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال فى الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكراً لم يحل نكاح المرأة منه لانها زوج ابيه وان جعلنا المرأة ذكراً حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبى وهذا القانون هو الذى اختاره اصحاب مالك واولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها ﴿الفصل السابع فى موانع الرق﴾ واتفقوا على انه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة ان تنكح العبد اذا رضيت بذلك هى واولياؤها واختلفوا فى نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لايجوز الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب ابي حنيفة والشافعي * والسبب فى اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح الآية لعموم قوله وأنكحوا الايامى منكم والصالحين الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية يقتضى انه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين احدهما

عدم الطول الى الحرة والثانى خوف العنت وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم يقتضى بعمومه انكاحهن من حر او عبد واحداً كان الحر اوغير واحد خائفاً للعنت اوغير خائف لكن دليل الخطاب اقوى هاهنا والله اعلم من العموم لان هذا العموم لم يعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الاماء وانما المقصود به الامر بانكاحهن والا يجبرن على النكاح وهو أيضاً محمول على الندب عند الجمهور مع ما فى ذلك من ارقاق الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين أعنى الذين لم يجيزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما أحدهما إذا كانت تحته حرة هل هى طول اوليست بطول فقال ابوحنيفة هى طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك فى ذلك القولان والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح اكثر من امة واحدة ثلاث او اربع اوثنتان فمن قال إذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا اومتأهلا لانه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهؤلاء يقدر على حرة تمنعه من العنت فله ان ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشى العنت من الامة التى يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل تنكح امة ثانية على الامة الاولى اولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذا كان الخوف على العزب اكثر قال لاينكح اكثر من امة واحدة ومن اعتبره مطلقاً قال ينكح اكثر من امة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقاً فيه نظر واذا قلنا انه له ان يتزوج على الحرة امة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار فى البقاء معه اوفى فسخ النكاح اختلف فى ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الامة أم لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها أعنى اصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب على انه لا يجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح ﴿الفصـــــل الثامن في مانع الكفر﴾ واتفقوا على انه لايجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر واختلفوا فى نكاحها بالملك واتفقوا على انه يجوز ان ينكح الكتابية الحرة الا ما روى فى ذلك عن ابن عمر واختلفوا فى احلال الكتابية الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين * والسبب في اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وعموم قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يومن لعموم قوله والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم وهو المسبيات وظاهر هذا يقتضى العموم سواء كانت مشركة اوكتابية والجمهور على منعها وبالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ماروى من نكاح المسبيات فى غزوة اوطاس اذا استاذنوه في العزل فاذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم أعنى ان قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب هو خصوص وقوله ولا تنكحوا المشركات حتى يومن هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا في احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم فى ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرة يقتضى اباحة تزويجها وباقى العمــوم اذا استثنى منه الحرة تعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى ان العموم اذا خصص بقى الباقى على عمومه فمن خصص العموم الباقى بالقياس أولم ير الباقى من العمـوم المخصص عموما قال يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لايجوز نكاح

الكتابية

الـكتابية وهنا أيضاً سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى من فتياتكم المومنات يوجب الايجوز نكاح الامة الغير مومنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى الاما ملكت ايمانكم ولاجماعهم على ان السبي يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم ان سبيا معاً اعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبي يهدم سبيا معا او سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي وعن مالك قولان أحدهما ان السبي لا يهدم النكاح أصلا والثاني انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي * والسبب في اختلافهم هل يهدم أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين آمنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستاجرة من كافر واما تفريق أبي حنيفة بين ان يسبيا معاً وبين ان يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه الا يكون للزوجية هاهنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال واما تشبيهها بالذمية فبعيد لان الذمي انما اعطى الجزية بشرط ان يقر على دينه فضلا على نكاحه

الفصل التاسع في مانع الاحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والازاعي وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا باس بذلك * وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه احاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق ابي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك ايضاً من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس اوجمع بينه وبين حديث ابن عثمان بان حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع اوتغليب القول

الفصل العاشر في مانع المرض

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه انه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح ويتخرج من قوله أيضاً انه لا يفرق بينهما ان التفرق مستحب غير واجب * وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو هل يتهم على ضرار الورثة بادخال وارث زائد اولا يتهم

الفصل الحادي عشر في مانع العدة

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض او عدة حمل اوعدة أشهر . واختلفوا في من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبداً. وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا باس في تزويجه اياها مرة ثانية * وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة ام ليس بحجة وذلك أن مالكا روي عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدية وبين

زوجها راشد الثقفى لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم كان الاخر خاطباً من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الاخر ثم لا يجتمعان ابدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله وهو أنه ادخل فى النسب شبهة فاشبه الملاعن وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والاصل انها لا تحرم الا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب اوسنة اواجماع من الامة وفى بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر في بيت المال فلما بلغ ذلك علياً انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثورى عن اشعث عن الشعبى عن مسروق واما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا ان وطء هل تعتق عليه اولا تعتق والجمهور على انه لا تعتق * وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته اوغير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابناً بجهة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبى عليه السلام انه قال كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره واما النظر فى مانع التطليق ثلاثا فسيأتى في كتاب الطلاق

﴿الفصل الثانى عشر فى مانع الزوجية﴾

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا فى المسبية على ما تقدم واختلفوا ايضاً فى الامة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وابى بن كعب * وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم وذلك أن قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم يقتضى المسبيات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب الا ان يكون بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن ابي شيبة عن ابي سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيا من العرب يوم اوطاس فهزموهم وقتلوهم واصابوا لهم نساء لهن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من ازواجهن فانزل الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم وهذه المسئلة هي اليق بكتاب الطلاق فهذه هي جملة الاشياء المصححة للانكحة فى الاسلام وهى كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس صفة العاقد والمعقود عليها وصفة العقد وصفة الشروط في العقد واما الانكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا اعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضعين احدهما اذا انعقد النكاح على اكثر من اربع اوعلى من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام والموضع الثانى اذا اسلم احدهما قبل الاخر

﴿فاما المسئلة الاولى﴾

وهي اذا اسلم الكافر وعنده اكثر من اربع نسوة او اسلم وعنده اختان فان مالكا قال يختار منهن أربعا ومن الاختين واحدة ايتهما شاء وبه قال الشافعى واحمد وداود وقال ابو حنيفة والثورى وابن ابي ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من اصحاب مالك اذا اسلم وعنده اختان فارقهما جميعا ثم استانف نكاح ايتهما شاء ولم يقل بذلك احد من اصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر

وذلك

وذلك انه ورد في ذلك أثران احدهما مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه
فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن اربعاً. والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث انه اسلم على
الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر ايتهما شئت واما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على
الاواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام اعني انه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام
وفيه ضعف واما اذا أسلم احدهما قبل الاخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الاخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك
وابو حنيفة والشافعي انه اذا اسلمت المرأة قبله فانه ان اسلم في عدتها كان أحق بها وان اسلم هو وهي كتابية فنكاحها
ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن امية وذلك ان زوجه ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو
فاقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن
شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت
هجرتها بينها وبين زوجها الا ان يقدم زوجها مهاجرا قبل ان تنقضي عدتها واما اذا اسلم الزوج قبل اسلام
المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا اسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فابت وقال
الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة او المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح * وسبب
اختلافهم معارضة العموم للأثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر يقتضي المفارقة على
الفور واما الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب اسلم قبل هند بنت عتبة امرأته
وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فاخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم اسلمت
بعده بايام فاستقرا على نكاحهما. وأما القياس المعارض للأثر فلانه يظهر انه لافرق بين ان تسلم هي قبله او هو قبلها
فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر في اسلامه أيضاً قبل

﴿ الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ﴾

وموجبات الخيار أربعة. العيوب
. والاعسار بالصداق او بالنفقة والكسوة. والثالث الفقد اعني فقد الزوج. والرابع العتق للامة المزوجة فينعقد في هذا
الباب أربعة فصول

﴿ الفصل الاول في خيار العيوب ﴾

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب
لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين ؛ احدهما هل يرد بالعيوب او لا يرد . والموضع الثاني اذا قلنا انه
يرد فمن ايها يرد وما حكم ذلك * فاما الموضع الاول فان مالكا والشافعي واصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار
في الرد او الامساك وقال اهل الظاهر لا يوجب العيب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز
* وسبب اختلافهم شيئان ؛ أحدهما هل قول الصاحب حجة والاخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول
الصاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال ايما رجل تزوج امرأة وبها جنون اوجذام او
برص وفي بعض الروايات اوقرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها وأما القياس على البيع فان القائلين
بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيع لاجماع
المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع . وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في اي العيوب
يرد بها وفي ايها لا يرد وفي حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من اربعة عيوب الجنون والجذام والبرص
وداء الفرج الذي يمنع لوطء اما قرن او رتق في المرأة اوعنة في الرجل اوخصاء : واختلف اصحاب مالك في اربع

فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل تردبها وقيل لاترد وقال أبوحنيفة واصحابه والثورى لاترد المرأة فى النكاح الابعيبين فقط القرن والرتق فاما احكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولاشئ عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهوغار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الاربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس * وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع اوبالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس أعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه السلام أيما امرأة نكحت بغير اذن سيدها فنكاحها باطل لها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعنى بعد الدخول واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لايفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف اصحاب مالك فى العلة التى من اجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ويحمل سائر العيوب على انها مما لايخفى وقيل لانها تخاف سرايتها الي الابناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم انه مما خفى على الزوج

﴿ الفصل الثاني فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾ واختلفوا فى الاعسار بالصداق فكان الشافعى يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف اصحابه فى قدر التلوم له فقيل ليس له فى ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال ابوحنيفة هوغريم من الغرماء لايفرق بينهما ويوخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر * وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح فى ذلك بالبيع اوتغليب الضرر اللاحق للمرأة فى ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالايلاء والعنة وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وابوثور وابوعبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروى عن ابى هريرة وسعيد بن المسيب وقال ابوحنيفة والثورى لايفرق بينهما وبه قال اهل الظاهر * وسبب اختلافهم فى تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة فى مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لانفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار وأما من لايرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلاتحل الاباجماع او بدليل من كتاب الله او سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس

﴿ الفصل الثالث فى خيار الفقد ﴾ واختلفوا فى المفقود الذى تجهل حياته اوموته فى ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته اجل اربع سنين من يوم ترفع امرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته او موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة اشهر وعشراً وحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى ياتى عليه من الزمان مايعلم أن المفقود لايعيش الي مثله غالباً فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهودون هذه الاسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروي ايضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعى وابوحنيفة والثورى لاتحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن على وابن مسعود * والسبب فى اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب الا تحل عصمته الابموجب اوطلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته

بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من اصحاب مالك اربعة مفقود فى ارض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود فى ارض الحرب ومفقود فى حروب الاسلام أعنى فيما بينهم ومفقود فى حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن اصحابه فى الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود فى بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير لاتتزوج امرأته ولايقسم ماله حتى يصح موته ماخلا اشهب فانه حكم له بحكم المفقود فى ارض المسلمين . وأما المفقود فى حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه واقصى الاجل في ذلك سنة . وأما المفقود فى حروب الكفار ففيه فى المذهب اربعة اقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا ان يكون بموضع لا يخفى امره فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود فى بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول فى زوجته وحكم المفقود فى ارض المسلمين فى ماله أعني يعمر وحينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح فى الشرع وهو الذى يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعنى بين القائلين بالقياس

﴿ الفصل الرابع في خيار العتق ﴾

واتفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبد ان لها الخيار . واختلفوا اذا اعتقت تحت الحر هل لها خيار ام لا فقال مالك والشافعى واهل المدينة والاوزاعى واحمد والليث لاخيار لها وقال ابو حنيفة والثورى لها الخيار حراً كان اوعبداً * وسبب اختلافهم تعارض النقل فى حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار ان يكون الجبر الذى كان فى انكاحها باطلاق اذا كانت امة او الجبر على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح باطلاق قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبداً اسود وروى عن عائشة ان زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند اصحاب الحديث. واختلفوا ايضاً في الوقت الذى يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعي يكون لها الخيار مالم يمسها وقال ابو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعي انما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت ان المسيس يسقط خيارها

﴿ الباب الرابع في حقوق الزوجية ﴾

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف الآية ولما ثبت من قوله عليه السلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند خذى ما يكفيك ولولدك بالمعروف . فاما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا فى اربعة مواضع فى وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب . فاما وقت وجوبها فان مالكا قال لاتجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها اويدعي الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال ابو حنيفة والشافعى يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغاً واما اذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعى قولان . أحدها مثل قول مالك . والقول الثانى ان لها النفقة باطلاق * وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع اولمكان انها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . واما مقدار النفقة فذهب مالك الى انها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى مايقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال ابو حنيفة وذهب الشافعى الى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الاوسط مد ونصف وعلى المعسر مد *وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة فى هذا الباب على الاطعام فى الكفارة أوعلى الكسوة وذلك انهم اتفقوا ان الكسوة غير محدودة

وان الاطعام محدود واختلفوا من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لا تخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلا شرعياً لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على ان الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية واما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحرة الغير ناشز واختلفوا فى الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة * وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك ان عموم قوله عليه السلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضي ان الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب ان لا نفقة للناشز وأما الامة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيراً فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضاً ان كانت تأتيه فلها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتيه وقيل ان كان الزوج حراً فعليه النفقة وان كان عبداً فلا نفقة عليه * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان العموم يقتضي لها وجوب النفقة والقياس يقتضي ان لا نفقة لها الا على سيدها الذي يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضرباً من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة ان يأتي زوجها في كل أربعة أيام واما على من تجب فاتفقوا أيضاً انها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا فى العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه * وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه في ماله واما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا فيمن القول قوله اذا اختلفوا فى الانفاق وسيأتي ذلك فى كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه السلام اذا كانت للرجل امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة واحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه السلام كان اذا أراد السفر اقرع بينهن واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب اذا كانت له زوجة اخرى فقال مالك والشافعي وأصحابهم يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة اخرى بايام التى تزوج وقال أبو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكراً كانت أو ثيباً ويحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة اخرى * وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو ان النبي عليه السلام كان اذا تزوج البكر اقام عندها سبعاً واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثا وحديث ام سلمة هو ان النبي عليه السلام تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت ودرت وحديث ام سلمة هو مدني متفق عليه خرجه مالك والبخاري ومسلم وحديث أنس حديث بصري خرجه أبو داود فصار اهل المدينة الى ما خرجه اهل البصرة وصار اهل الكوفة الى ما خرجه اهل المدينة واختلف اصحاب مالك فى هل مقامه عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا واجب او مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب * وسبب الخلاف حمل فعله عليه السلام على الندب او على الوجوب واما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع

وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك ان قوماً اوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم اوجبوا ذلك على الدنية ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل الا ثديها وهو مشهور قول مالك * وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع اعنى ايجابه اومتضمنة امره فقط فمن قال امره قال لا يجب عليها الرضاع اذلا دليل هنا على الوجوب ومن قال يتضمن الامر بالرضاع وايجابه وانها من الاخبار التى مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع واما من فرق بين الدنية والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة واما المطلقة فلا رضاع عليها الا ان لا يقبل ثدى غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج اجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن

الباب الخامس في الانكحة المنهي عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها

والانكحة التى ورد النهى فيها مصرحا اربعة نكاح الشغار ونكاح المتعة والخطبة على خطبة اخيه ونكاح المحلل فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح الرجل وليته رجلا آخر على ان ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنه * واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل ام لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ ابداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي الا انه قال ان سمى لاحدهما صداقاً اولهما معاً فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذى سمياه فاسد وقال ابو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث واحمد واسحاق وابو ثور والطبري * وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معلل بعدم العوض او غير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر او على خنزير وقد اجمعوا على ان النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكان مالكاً رضي الله عنه رآ ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد هاهنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به اورآ ان النهى انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهى يدل على فساد المنهى

واما نكاح المتعة

فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذى وقع فيه التحريم ففى بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفى بعضها فى غزوة تبوك وفي بعضها فى حجة الوداع وفى بعضها في عمرة القضاء وفى بعضها عام اوطاس واكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واهل اليمن ورووا ان ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة ولا جناح عليكم وفي حرف عنه الى اجل مسمى وروى عنه انه قال ما كانت المتعة الا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد ولولا نهى محمد عنها ما اضطر الى الزنا الا شقى وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر ونصفاً من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس

واما اختلافهم في النكاح التى تقطع فيه الخطبة على خطبة غيره

فقد تقدم ان فيه ثلاثة اقوال قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين ان ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام اولا ترد وهو مذهب مالك واما نكاح المحلل اعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكاً قال

هو نكاح مفسوخ وقال ابو حنيفة والشافعى هو نكاح صحيح * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه السلام لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التاثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التاثيم فساد العقد تشبيهاً بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هى الانكحة الفاسدة بالنهى واما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح اولتغيير حكم واجب بالشرع من احكامه مما هو عن الله عز وجل واما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة واما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء فى لزوم الشروط التى بهذه الصفة اولا لزومها مثل ان يشترط عليه الا يتزوج عليها اولا يتسرى اولا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا يكون فى ذلك يمين بعتق اوطلاق فان ذلك يلزمه الا أن يطلق اويعتق من اقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول ايضاً وكذلك قال الشافعى وأبو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها وعليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن على وقول الاوزاعي مروى عن عمر *وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فحديث عائشة أن النبي عليه السلام خطب الناس فقال فى خطبته كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبى عليه السلام انه قال احق الشروط ان يوفى به ما استحللتم به الفروج والحديثان الصحيحان خرّجهما البخارى ومسلم الا أن المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع فى العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافاً كثيرا اعنى في لزومها اوعدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوع على الفروع

﴿واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت﴾

فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسداً باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم فى ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك فى هذا الجنس وذلك فى الاكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والاصل عنده فيه الا فسخ ولكنه يحتاط بمنزلة مايرى فى كثير من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه أن تكون هذه عنده هى الانكحة المكروهة والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب فى المذهب فى هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متفقاً عليه اومختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب فى وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أوعدمه وقد نرى أن نقطع هاهنا القول في هذا الكتاب فان ماذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود

﴿كتاب الطلاق﴾

والكلام فى هذا الباب ينحصر في اربع جمل *الجملة الاولى فى أنواع الطلاق *الجملة الثانية في اركان الطلاق * الجملة الثالثة فى الرجعة *الجملة الرابعة فى احكام المطلقات

﴿الجملة الاولى﴾

وفى هذه الجملة خمسة ابواب *الباب الاول فى معرفة الطلاق البائن والرجعى *الثاني في معرفة الطلاق السنى من البدعي * الباب الثالث فى الخلع

*الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ*الباب الخامس في التخيير والتمليك

﴿الباب الاول﴾

واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعي هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه ان يكون فى مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى يا أيها النبيء اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة الي قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امراً وللحديث الثابت ايضا من حديث ابن عمر انه صلي الله عليه وسلم امره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف فى هذا. واما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق او فسخ على ماسياتي بعد واتفقوا على ان العدد الذى يوجب البينونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى الطلاق مرتان الاية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا فى اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر فى اسقاط اعداد الطلاق وان الذى يوجب البينونة فى الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج او برق الزوجة ام برق من رق منهما ففى هذا الباب اذن ثلاث مسائل

﴿المسـئلة الاولى﴾ جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال اهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تاثير للفظ فى ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فى الثالثة فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث. واحتجوا ايضاً بما اخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فامضاه عليهم عمر واحتجوا ايضاً بما رواه ابن اسحاق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بان حديث ابن عباس الواقع فى الصحيحين انما رواه عنه من اصحابه طاوس وان جلة اصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحاق وهم وانما روى الثقات انه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثاً * وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم فى طلقة واحدة ام ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما الزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التى يشترط فى صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التى ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيف ما ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ فى الطلاق سداً للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود فى ذلك اعني فى قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امراً

﴿المسـئلة الثانية﴾ واما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة اوامة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه فى ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار فى ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزجة امة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً اوحرا وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار ابوحنيفة وغيره وفى المسئلة قول اشذ من هذين وهو ان الطلاق يعتبر برق من رق

منهما قال ذلك عثمان البتي وغيره وروى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة اورق الرجل فمن قال التاثير في هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التاثير في هذا للذى يقع عليه الطلاق قال هو حكم من احكام المطلقة فشبهوها بالمدة وقد اجمعوا على أن العدة بالنساء اى نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعا الى النبى عليه السلام انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحاح واما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق ﴿المسـئلة الثالثة﴾ واما كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم انه اجماع وابو محمد بن حزم وجماعة من اهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا القياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد اجمعوا على كون الرق مؤثراً في نقصان الحد واما اهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد فى التكاليف حكم الحر الا ما اخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص او ظاهر من الكتاب او السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد على اصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر واما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين اغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى ان يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة فى الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسرا عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما نرى والله اعلم أن من الزم الطلاق الثلاث فى واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة ﴿البـاب الثانى﴾ أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وأن المطلق فى الحيض اوالطهر الذى مسها فيه غير مطلق للسنة وانما اجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التى امر الله ان تطلق لها النساء . واختلفوا من هذا الباب فى ثلاثة مواضع . الموضع الاول هل من شرطه الا يتبعها طلاقاً فى العدة . والثانى هل المطلق ثلاثا أعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة ام لا ، والثالث فى حكم من طلق فى وقت الحيض ﴿أما الموضع الاول﴾ فانه اختلف فيه مالك وابو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها الا يتبعها فى العدة طلاقاً آخر وقال ابو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون في حال الزوجية بعد رجعة ام ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقا ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع ﴿وأما الموضـع الثانى﴾ فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعى الى انه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه السلام للمطلق بين يديه ثلاثا فى لفظة واحدة على حكم الطلقة الثانية للكتاب والحديث الذى احتج به الشافعى هو ما ثبت من أن العجلانى طلق زوجه ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما اقره رسول الله صلى الله عليه

وسلم

وسلم وأما مالك فلما رأى ان المطلق بلفظ الثلاث رافع لرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة وقول مالك والله اعلم اظهر هاهنا من قول الشافعي

﴿وأما الموضع الثالث﴾ في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها ان الجمهور قالوا يمضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء امسكها وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء امسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسها فيه فهنا اذاً أربع مسائل أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب والرابعة متى ينقطع الاجبار ﴿اما المسئلة الاولى﴾

فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقاً لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم ارسلوا الى نافع يسئلونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه كان الذي يفتي به عمر واما من لم ير هذا الطلاق واقعاً فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم كل فعل او عمل ليس عليه امرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة واجزاء ام شروط كمال وتمام فمن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع ويندب الى أن يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك ﴿واما المسئلة الثانية﴾ وهي هل يجبر على الرجعة اولا يجبر فمن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعاً قال هذا الامر هو على الندب ﴿وأما المسئلة الثالثة﴾

وهي متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط في ذلك ان يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن

تابعهم عن ابن عمر فى هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى فى ذلك انه انما امر بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع فيه الطلاق على وجه غير مكروه *فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة ﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهي متى يجبر فانما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها طول زمان العدة لانه الزمان الذي له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على ان المراجعة كانت في الحيضة وأيضاً فانه قال انما امر بمراجعتها لئلا تطول عليها المدة فانه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعتد بها باجماع فان قلنا انه يراجعها فى غير الحيضة كان ذلك عليها اطول وعلى هذا التعليل فينبغى ان يجوز ايقاع الطلاق فى الطهر الذى بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم فى علة الامر بالرد

﴿الباب الثالث في الخلع﴾

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارات كلها تؤول الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية باكثره والمبارات باسقاطها عنه حقاً لها عليه على مازعم الفقهاء والكلام ينحصر فى اصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول فى جواز وقوعه أولا ثم ثانياً فى شروط وقوعه أعنى جواز وقوعه ثم ثالثاً في نوعه أعنى هل هو طلاق أو فسخ ثم رابعاً فيما يلحقه من الاحكام

﴿الفصل الاول﴾

فاما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ثابت بن قيس لاعيب عليه في خلق ولادين ولكن أكره الكفر بعد الدخول فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخارى وأبوداود والنساءى وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزنى عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان ياخذ من زوجته شيئاً واستدل على ذلك بانه زعم ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به منسوخ بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تاخذوا منه شيئاً الآية والجمهور على ان معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها فجائز *فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو تخصيصه

﴿الفصل الثانى﴾

فاما شروط جوازه فمنها مايرجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها مايرجع الى صفة الشئ الذي يجوز به ومنها مايرجع الى الحال التى يجوز فيها ومنها مايرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء او من اوليائهن ممن لا تملك امرها ففى هذا الفصل اربع مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾ امامقدار ما يجوز ان تختلع به فان مالكا والشافعى وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وباقل منه وقال قائلون ليس له أن ياخذ أكثر مما اعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض فى المعاملات رأى ان القدر فيه راجع الى الرضى ومن اخذ بظاهر الحديث لم يجز اكثر من ذلك وكانه رآه من باب اخذ المال بغير حق

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما صفة العوض فان الشافعى وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعدوم مثل الابق والشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم * وسبب الخلاف تردد

العوض هاهنا بين العوض في البيوع او الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط فى البيوع وفى اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يجب لها مهر المثل

المسئلة الثالثة

واما ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لا يجوز فان الجمهور على ان الخلع جائز مع التراضى اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها والاصل فى ذلك قوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة وقوله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وشذ ابو قلابة والحسن البصرى فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني وحملوا الفاحشة فى الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف الا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل فى الخلع خمسة أقوال قول انه لا يجوز اصلا وقول انه يجوز على كل حال اى مع الضرر وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا وقول مع خوف الا يقيما حدود الله وقول انه يجوز فى كل حال الا مع الضرر وهو المشهور

المسئلة الرابعة

واما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضى سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث واما المهملة التى لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على انه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان

الفصل الثالث

واما نوع الخلع فجمهور العلماء على انه طلاق وبه قال مالك وابو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعى هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعى انه كناية فان اراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه فى قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به فى التطليقات أم لا وجمهور من رآ انه طلاق يجعله بائناً لانه لو كان للزوج فى العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقاً بان الفسوخ انما هى التى تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقاً بان الله تبارك وتعالى ذكر فى كتابه الطلاق فقال الطلاق مرتان ثم ذكر الافتداء ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضى قياساً على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شئ يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شئ غير الطلاق * فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة

الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ﴿الفصل الرابع﴾ واما لواحقه
ففروع كثيرة لكن نذكر منها ماشهر فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان
الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتدف وإن كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي *وسبب
الخلاف أن العدة عند الفريق الاول من احكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لايجوز عنده ان ينكح مع
المبتوتة اختها فمن رآها من احكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم يرذلك لم يرتدف ومنها ان جمهور العلماء
اجمعوا على انه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة الاما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالا ان رد
لهاما اخذ منها في العدة اشهد على رجعتها والفرق الذى ذكرناه عن ابى ثور بين ان يكون بلفظ الطلاق اولا يكون
ومنها ان الجمهور اجمعوا على ان له ان يتزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لايتزوجها هوولا غيره
في العدة *وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة اوليست بعبادة بل معلل واختلفوا في عدة المختلعة
وسيأتى بعد واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك القول قوله
ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبائعين
وقال مالك هي مدعي عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا

﴿الباب الرابع﴾ واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذى لا يعتد
به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذى يعتد به في الثلاث الى قولين احدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن
مذهبه أعنى في جوازه وكان الخلاف مشهوراً فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم
فهذه على هذه الرواية هي طلاق لافسخ والقول الثانى ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان
كان غير راجع الى الزوجين مما لوارادالاقامة على الزوجية لم يصح كان فسخاً مثل نكاح المحرمة بالرضاع او
النكاح في العدة وإن كان مما لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا

﴿الباب الخامس﴾ ومما يعد من انواع الطلاق مما يرى ان له احكاما خاصة التمليك
والتخيير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير وذلك ان التمليك هو عنده تمليك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل
الثلاث فما فوقها ولذلك له ان يناكرها عنده فيمافوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضى ايقاع طلاق
تنقطع معه العصمة الا ان يكون تخييراً مقيداً مثل ان يقول لها اختارى نفسك اواختارى تطليقة او تطليقتين ففى
الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا ان تختار زوجها او تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك
والمملكة فلايبطل تمليكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى يطول الامر بها على احدى الروايتين او يتفرقا من
المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التمليك الى أن ترد او تطلق والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله
اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزلها قبل ان تطلق وليس له ذلك في التمليك وقال الشافعي
اختارى وامرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقاً الا ان ينويه وان نواه فهو ما اراد ان واحدة فواحدة
وان ثلاثا فثلاث فله عنده ان يناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار او التمليك وهى عنده ان طلقت نفسها
رجعية وكذلك هي عند مالك في التمليك وقال ابو حنيفة واصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التمليك
واحدة فهي بائنة وقال الثورى الخيار والتمليك واحد لافرق بينهما وقد قيل القول قولها في أعداد الطلاق في

التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن على وابن المسيب وبه قال الزهرى وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة فى التمليك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضى الله عنهما وروى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بينى وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذى بيدك من امرى بيدى لعلمت كيف اصنع قال فان الذى بيدى من امرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال اراها واحدة وانت احق بها مادامت فى عدتها وسألقى امير المومنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ما جعل الله فى ايديهم فيجعلونه بايدى النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال وانا ارى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التمليك بشئ لان ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز ان يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول ابى محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار فى الطلاق او البقاء على العصمة مادامت فى المجلس وهو قول الشافعى وابي حنيفة والازاعى وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعى أن التمليك اذا اراد به الطلاق كالوكالة وله ان يرجع في ذلك متى احب ذلك مالم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك او التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقاً لكن اهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهن لو اخترن انفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا امراً من الامور ان شاء ان يفعله او لا يفعله فانه قد خيره وأما مالك فيرى ان قوله لها اختارينى او اختارى نفسك انه ظاهر بعرف الشرع فى معنى البيونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه انما كان البينونة وانما رآ مالك انه لا يقبل قول الزوج فى التمليك انه لم يرد به طلاقاً اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل فى التخيير وانما اتفقوا على ان له مناكرتها فى العدد أعنى فى لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهر وانما رآ مالك والشافعى انه اذا طلقت نفسها فتمليكه اياها طلقة واحدة انها تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة وانما رآ أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك وأما من رآ ان لها ان تطلق نفسها فى التمليك ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها فى ذلك فلان معنى التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه من اعداد الطلاق وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط والتخيير فانما ذهب الى انه اقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لان العلة جعل الطلاق بايدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصرى انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل فى هذه المسئلة الخلاف فى ثمانية مواضع . أحدها انه لا يقع بواحد منهما طلاق . والثانى انه تقع بينهما فرقة ، والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعنى ان تملك بالتخيير البينونة وبالتمليك ما دون واذا قلنا بالبينونة البينونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة واما حكم الالفاظ التي تجيب

بها المرأة في التخيير والتمليك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق اوكناية اومحتملة وسياتى تفصيل ذلك عند التكلم فى الفاظ الطلاق

﴿الجملة الثانية﴾

وفى هذه الجملة ثلاث ابواب ، الباب الاول فى الفاظ الطلاق وشروطه : الباب الثاني فى تفصيل من يجوز طلاقه ممن لايجوز ، الثالث فى تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لايقع

﴿الباب الاول﴾

وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول فى انواع الفاظ الطلاق المطلقة . الفصل الثاني فى انواع الفاظ الطلاق المقيدة

﴿الفصل الاول﴾

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح اوبالنية دون اللفظ اوباللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من اقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد فى النذر وفى اليمين أوقعه بالنية فقط ومن اعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان الفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا فى تفصيل الصريح من الكناية وفى احكامها ومايلزم فيها ونحن فانما قصدنا من ذلك ذكر المشهور ومايجرى مجرى الاصول فقال مالك واصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى الفاظ الطلاق الصريحة ثلاث الطلاق والفراق والسراح وهى المذكورة فى القرآن وقال بعض اهل الظاهر لايقع طلاق الابهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار اصلا فى هذا الباب واما الفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف اعنى ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق اوهى باقية على دلالتها اللغويه فاذا استعملت فى هذا المعنى اعنى فى معنى الطلاق كانت مجازاً اذ هذا هو معنى الكناية اعنى اللفظ الذي يكون مجازاً فى دلالته وانما ذهب من ذهب الى انه لايقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها * فاما اختلافهم فى احكام صريح الفاظ الطلاق ففيه مسئلتان مشهورتان . إحداها اتفق مالك والشافعي وابو حنيفة عليها . والثانية اختلفوا فيها فاما التى اتفقوا عليها فان مالكا والشافعي واباحنيفة قالوا لايقبل قول المطلق اذا نطق بالفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقاً اذا قال لزوجته انت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعى واستثنت المالكية بان قالت الا ان تقترن بالحالة اوبالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل ان تسئله ان يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها انت طالق وفقه المسئلة عند الشافعى وأبي حنيفة ان الطلاق لايحتاج عندهم الى نية واما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه هاهنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعى وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية فى الفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعي

﴿وأما المسئلة الثانية﴾

فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته انت طالق وادعي انه اراد بذلك اكثر من واحدة اواثنين وإما ثلاثا فقال مالك هو مانوى وقد لزمه وبه قال الشافعى الا ان يعيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند اصحابه وأما ابو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لان العدد لايتضمنه لفظ الافراد لاكناية ولاتصريحاً *وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ اوبالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية

اوجب

اوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورآ ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رآ انه لايحتمل العدد وانه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لايجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط الفاظ الطلاق أعني اشتراط النية مع اللفظ اوبانفراد احدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لايقع الا باللفظ والنية وبه قال ابو حنيفة وقد روى عنه انه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي ان لفظ الطلاق الصريح لايحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وماحدثت به انفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشترط النية في العمل في الحديث المتقدم ان تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاقاً بائناً اذاقصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لايقع وهذه المسئلة هي من مسائل احكام صريح الفاظ الطلاق وأما الفاظ الطلاق التي ليست بصريح فمنها ماهي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ماهي كناية محتملة ومذهب مالك انه اذا ادعي في الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله الا ان يكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه في الصريح وكذلك لايقبل عنده مايدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون قال ذلك في الخلع وأما غير المدخول بها فيصدقه في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم انت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى مانواه فان كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا او واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول ابي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي الا انه اذا نوى على اصله واحدة او اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينوه لم يصدق وذلك اذا كان عنده في مذاكرة الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا أربع . حبلك على غاربك . واعتدي . واستبرءي . وتقنعي لانها عنده من المحتملة غير الظاهرة واما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شئ وان نوى طلاقا فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال قول انه يصدق بالطلاق وهو قول الشافعي وقول انه لا يصدق بالطلاق الا أن يكون هنالك قرينة وهو قول مالك وقول انه يصدق الا ان يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لايقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لان العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الالفاظ انما تلفظها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لايقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لاتقع الا خلعاً عنده في المشهور او ثلاثا واذ لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقي ان يكون ثلاثا وذلك في المدخول بها ويخرج على القول في المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عدد ان يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أحري ان يقبل قوله في كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة

للشافعي حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر وفي حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة اذا نوى مادون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار ابو حنيفة الى انه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده * فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية او النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضي البينونة فقط او العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية ومما اختلف فيه الصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم اعني من قال لزوجه انت علي حرام وذلك أن مالكا قال يحمل في المدخول بها على البت أي الثلاث وينوي في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلي من الصحابة وبه قال اصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوي في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو احد الاقوال في هذه المسئلة؛ والقول الثاني انه ان نوى بذلك ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة فهي واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشيء هي كذبة وقال بهذا القول الثوري. والقول الثالث انه يكون ايضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة او ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعي: والقول الرابع انه ينوي فيها في الموضعين في ارادة الطلاق وفي عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان اراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي. والقول الخامس انه ينوي ايضا في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مول فان نوى الكذب فليس بشيء وهذا القول قاله أبو حنيفة واصحابه. والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة خرجه البخاري ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى يا أيها النبيء لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي الاية. والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم وهو قول مسروق والاجدع وأبي سلمة بن ابي عبد الرحمان والشعبي وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم اوجب فيها الواجب في الظهار وبعضهم اوجب فيها عتق رقبة * وسبب الاختلاف هل هو يمين او كناية او ليست بيمين ولا كناية فهذه اصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق

الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المقيد لا يخلوا من قسمين اما تقييد اشتراط او تقييد استثناء، والتقييد المشترط لا يخلوا ان يعلق بمشيئة من له اختيار او بوقوع فعل من الافعال المستقبلة او بخروج شيء مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس او الى الوجود او بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون او لا يكون. فاما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلوا ان يعلقه بمشيئة الله او بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول انت طالق ان شاء الله او على جهة الاستثناء مثل ان يقول انت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولا بد وقال ابو حنيفة والشافعي اذا استثني المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق * وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة او لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة

في

فى الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه . واما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف فى مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عدم هاهنا واما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الافعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة اضرب . أحدها ما يمكن ان يقع اولا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . واما ما لابد من وقوعه كطلوع الشمس غدا فهذا يقع ناجزاً عند مالك ويتقف وقوعه عند الشافعى وابي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبه الوطء الواقع فى الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحا الى أجل قال يقع الطلاق . والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ففى ذلك روايتان عن مالك . احداهما وقوع الطلاق ناجزا . والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذى يأتى على مذهب أبى حنيفة والشافعى والقول بانجاز الطلاق فى هذا يضعف لانه مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوى وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم فى بحر القلزوم حوتاً بصفة كذا فانت طالق فلا خلاف اعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هذا واما ان علقه بشيء يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء الى الوجود . واما ان حلف بالطلاق انها تلد انثي فان الطلاق فى الحين يقع عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء اوضده ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا اوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه علي الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل اكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه علي بر حتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البر حتي يفوت * ومن هذا الباب اختلافهم فى تبعيض المطلقة اوتبعيض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق * فاما مسئلة تبعيض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك اورجلك اوشعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث اوالربع وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طلقتك نصف تطليقة طلقت لان هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف اذا تبعض لم يقع وأما اذا قال لغير المدخول بها انت طالق انت طالق نسقا فانه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعى يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه فى العدد اعني بقوله طلقتك ثلاثاً قال يقع الطلاق ثلاثا ومن رأى أنه باللفظة الواحدة فقد بانت منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين فى ارتدافه فى الطلاق الرجعى وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فانما يتصور في العدد فقط فاذا طلق اعداداً من الطلاق فلا يخلوا من ثلاثة احوال اما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول انت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً اواثنتين الا اثنتين واما ان يستثنى ماهو اقل واذا استثنى ماهو اقل فاما أن يستثنى ماهو اقل مما هو

اكثر، واما ان يستثني ماهو اكثر مما هو أقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف اعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثاً الا واحدة. واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان احدهما أن الاستثناء لا يصح وهو مبني على من منع أن يستثنى الاكثر من الاقل والاخر ان الاستثناء يصح وهو قول مالك واما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً فان مالكا قال يقع الطلاق لانه اتهمه على أنه رجوع منه وأما اذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشيء مع ضده مستحيل وشذ ابو محمد بن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لا يقع في وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق وان ما ألزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا باللزوم لزم ان يوقف عند ذلك من توقع هذا قياس قوله عندي وحجته وان كنت لست اذكر في هذا الوقت احتجاجه في ذلك

﴿الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق﴾ واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ واتفقوا على انه يقع طلاق المريض ان صح واختلفوا هل ترثه ان مات ام لا فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الرحمان بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوي الطلاق او لا ينوي شيئاً فان نوى الطلاق فعنهم قولان اصحهما لزومه وان لم ينو فقولان اصحهما أنه لا يلزم وقال ابو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق * وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار ام ليس بمختار لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع على اختياره والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في ايقاع الشيء اصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر ان المكره على الطلاق وان كان موقعاً للفظ باختياره انه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وانما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق لان الطلاق مغلظ فيه ولذلك استوى جده وهزله واما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك انه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصر ما ليس بالمختصر انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال احمد بن حنبل اذا هو اطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه وروي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه واما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المزني وبعض اصحاب ابي حنيفة * والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون ام بينهما فرق ومن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقد للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام وما لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه ابو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه كان لا يري طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم انه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس

نصا فى الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ما وبه قال داود وأبو ثور واسحاق وجماعة من التابعين أعنى أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعى القولان فى ذلك واختار اكثر اصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزنى من اصحابه ان طلاقه غير واقع وأما المريض الذى يطلق طلاقا بائناً ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته والشافعى وجماعة لايورثونها والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث مادامت فى العدة وممن قال بذلك ابو حنيفة وأصحابه والثورى وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج وممن قال بهذا أحمد وابن ابى ليلى وقال قوم بل ترث كانت فى العدة او لم تكن تزوجت او لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث * وسبب الخلاف اختلافهم فى وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم فى أن يكون انما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع اوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لايرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع احكامها ولابد لخصومهم من احد الجوابين لانه يعسر أن يقال إن فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض احكام الطلاق و بعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق بين ان يصح اولا يصح لان هذا يكون طلاقاً موقوف الحكم الى ان يصح اولا يصح وهذا كله مما يعسر القول به فى الشرع ولكن انما انس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من راى انها ترث فى العدة فلان العدة عنده من بعض احكام الزجية وكانه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة واما من اشترط فى توريثها مالم تتزوج فانه لحظ فى ذلك اجماع المسلمين على ان المراة الواحدة لاترث زوجين ولكون التهمة هى العلة عند الذين اوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هى الطلاق اوملكها امرها الزوج فطلقت نفسها فقال ابو حنيفة لاترث اصلا وفرق الاوزاعى بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث فى التمليك ولها فى الطلاق وسوى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لايرثها وترثه هى ان مات وهذا مخالف للاصول جداً

﴿الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لايتعلق﴾

واما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة ازواجهن اوقبل ان ينقضى عددهن فى الطلاق الرجعى وانه لايقع على الاجنبيات اعنى الطلاق المطلق واما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل ان يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لايتعلق باجنبية اصلا عم المطلق اوخص وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء اوخصص وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك واصحابه أعنى مثل ان يقول كل امراة اتزوجها من بنى فلان اومن بلد كذا فهى طالق وكذلك فى وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا زوجن * وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدماً بالزمان على الطلاق ام ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لايتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الاوجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية واما الفرق بين التعميم والتخصيص باستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عمم فاوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكانه من باب نذر المعصية واما اذا خصص

فليس الامر كذلك اذا ألزمناه الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسو
الله صلى الله عليه وسلم لاطلاق الا من بعد نكاح وفي رواية اخرى لاطلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت
ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود وضعف
قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم

﴿الجملة الثالثة فى الرجعة بعد الطلاق﴾

ولما كان الطلاق على ضربين بائن ورجعي وكانت احكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير احكام الرجعة
بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون فى هذا الجنس بابان. الباب الاول فى احكام الرجعة فى الطلاق الرجعى. الباب الثانى
فى احكام الارتجاع فى الطلاق البائن

﴿الباب الاول﴾

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك
رجعة الزوجة فى الطلاق الرجعى مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فى ذلك
وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد واختلفوا هل الاشهاد شرط
فى صحتها ام ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب
الشافعى الى انه واجب * وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم
يقتضى الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التى يقبضها الانسان يقتضى الا يجب الاشهاد فكان الجمع بين
القياس والآية حمل الآية على الندب. وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوماً قالوا لا تكون الرجعة
الا بالقول فقط وبه قال الشافعى وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة
بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده ينزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك وأما ابو حنيفة فاجاز
الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة دون النية فاما الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال قد امر الله بالاشهاد
ولا يكون الاشهاد الا على القول وأما سبب الاختلاف بين مالك وابى حنيفة فان ابا حنيفة يرى ان الرجعة
محللة بالوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولان الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند
مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلابد عنده من النية فهذا هو اختلافهم فى شروط صحة الرجعة واختلفوا
فى مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت فى العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها
ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها
وقال ابو حنيفة لا بأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل وبه قال الثورى
وابو يوسف والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول او حركة من تنحنح او خفق نعل
. واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها
الرجعة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذى عقد عليها النكاح دخل بها اولم يدخل هذا قوله
فى الموطا وبه قال الاوزاعى والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولي بها
الا ان يدخل الثاني وبالقول الاول قال المدنيون من اصحابه ولم يرجع عنه لانه أثبته فى موطاه الى يوم مات وهو يقرأ
عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك فى الموطا وأما الشافعى والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا
زوجها الاول الذى ارتجعها احق بها دخل بها الثاني اولم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور وهو مروى عن على وهو
الابين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال فى هذه المسئلة ان الزوج الذى ارتجعها مخير بين ان تكون

امرأته اوان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك فى الرواية الاولى مارواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب انه قال مضت السنة فى الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجاً غيره انه ليس له من امرها شئ ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول أن العلماء قد اجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على أن الاول احق بها قبل ان تتزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسداً فان نكاح الغير لا تأثير له فى ابطال الرجعة لاقبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ما خرجه الترمذى عن سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ايما امرأة تزوجها اثنان فهى للاول منهما ومن باع بيعاً من رجلين فهو للاول منهما

﴿الباب الثانى﴾

والطلاق البائن اما بما دون الثلاث فذلك يقع فى غير المدخول بها بلا خلاف وفى المختلعة باختلاف وهل يقع ايضاً دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح أعنى في اشتراط الصداق والولى والرضا الا انه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها فى العدة ولا غيره وهؤلاء كانهم رأوا منع النكاح فى العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على ان المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال انه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبدالرحمان بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة زوجها الاول ان ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز ان ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لا تحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم اوحج او حيض او اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغاً وخالفهما فى ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثورى والاوزاعي فقالوا يحل الوطء وان وقع فى عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمى للذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصى الذى بقى له ما يغيبه فى الفرج * والخلاف فى هذا كله آئل الى هل يتناول اسم النكاح اصناف الوطء الناقص ام لا يتناوله . واختلفوا من هذا الباب فى نكاح المحلل أعنى اذا تزوجها على شرط ان يحللها لزوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر فى ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وابو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية فى ذلك وبه قال داود وجماعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أى ليس يحللها وهو قول ابن ابي ليلى وروى عن الثورى واستدل مالك واصحابه بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث على بن ابى طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهي والنهي يدل على فساد المنهى عنه واسم النكاح الشرعى لا ينطلق على النكاح المنهى عنه وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره وهذا

ناكح وقالوا وليس في تحريم قصد التحليل مايدل على ان عدمه شرط في صحة النكاح كما انه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة اوالاذن من مالكها في ذلك قالوا واذالم يدل النهي على فساد عقد النكاح فاحرى الايدل على بطلان التحليل وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذالم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث فقال ابو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لايهدم أعني اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول ام لا فمن رآ ان هذا شئ يخص الثالثة بالشرع قال لايهدم ما دون الثالثة عنده ومن رآ انه اذا هدم الثالثة فهو احرى ان يهدم مادونها قال يهدم ما دون الثلاث والله اعلم

الجملة الرابعة

وهذه الجملة فيها بابان . الاول في العدة . الثاني في المتعة

الباب الاول

والنظر في هذا الباب في فصلين . الفصل الاول في عدة الزوجات . الفصل الثاني في عدة ملك اليمين

الفصل الاول

والنظر في عدة الزجات ينقسم الى نوعين . أحدهما في معرفة العدة . والثاني في معرفة احكام العدة

النوع الاول

وكل زوجة فهي إما حرة وإما امة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلوا ان تكون مدخولا بها او غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى فمالكم عليهن من عدة تعتدونها وأما المدخول بها لا يخلوا ان تكون من ذوات الحيض او من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عادتهن في الحيض واما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض في سن الحيض اما مرتابات بالحمل أي بحس في البطن وإما غير مرتابات وغير مرتابات وغير المرتابات امامعروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع اومرض واما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة اشهر ولاخلاف في هذا لانه منصوص عليه في قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والآية وفي قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم الآية واختلفوا من هذه الآية في الاقراء ماهي فقال قوم هي الاطهار أعني الازمنة التي بين الدمين وقال قوم هي الدم نفسه وممن قال ان الاقراء هي الاطهار اما من فقهاء الامصار فمالك والشافعي وجمهور اهل المدينة وابوثور وجماعة واما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان الاقراء هي الحيض اما من فقهاء الامصار فابوحنيفة والثوري والاوزاعي وابن ابي ليلى وجماعة واما من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وابوموسى الاشعري وحكى الأثرم عن احمد انه قال الاكابر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي الحيض وحكي أيضاً عن الشعبي انه قول احد عشر اواثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واما احمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من اجل قول علي وابن مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من رآ انها الاطهار انها إذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رآ انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة * وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء

في

فى الآية ظاهر في المعنى الذى يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر وذلك ان القرء الذى هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانبارى وأيضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذى يراد به الحيض لما ثبت فى جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة وقالوا ايضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء في الحوض اى جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو اقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر الآية واما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى ثلاثة قروء ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزاً واذا وضعت الاقراء بانها هى الاطهار امكن ان تكون العدة عندهم بقرءين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وان مضى اكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزاً واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هى الحيض لان الاجماع منعقد على انها ان طلقت فى حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذى رضيه الحذاق ان الآية مجملة في ذلك وان الدليل ينبغى ان يطلب من جهة اخرى فمن اقوى ما تمسك به من رآ ان الاقراء هى الاطهار حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء قبل ان يمسها فتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على ان طلاق السنة لا يكون الا فى طهر لم تمس فيه وقوله عليه السلام فتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هى الاطهار لكي يكون الطلاق متصل بالعدة ويمكن ان يتناول قوله فتلك العدة اى فتلك مدة استقبال العدة ليلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض واقوى ما تمسك به الفريق الثانى ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء هى الحيض واحتج من قال الاقراء هى الاطهار بان قال المعتبر فى براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام اعنى المشترط هى الاطهار التى بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية اظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية او قريب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هى الاطهار انها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعى وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ومن الفقهاء الثورى واسحاق بن عبيد وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة وهو ايضاً شاذ فهذه هى حال الحائض التى تحيض واما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة اشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة مالم تحل

واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة اشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله في الموطا وروى ابن القاسم سنة من يوم رجعتها حيضتها وقال ابو حنيفة والشافعي والجمهور فى التى ترتفع حيضتها وهى لاتيئس منها في المستأنف انها تبقى ابدا تنتظر حتى تدخل في السن الذى تيئس فيه من المحيض وحينئذ تعتد بالاشهر اوتحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هوان المقصود بالعدة انما هوما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هى قاطعة على ذلك ثم تعتد ثلاثة اشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثانى اوالسنة الى ان تمضى لها ثلاثة اقراء واما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر والتي هي من اهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأى فيه عسر وحرج ولو قيل انها تعتد ثلاثة اشهر لكان جيداً اذا فهم من اليائسة التى لا تقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجع الى الحكم لاالى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان مالكا لم يطابق مذهبه تاويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على انها ليست من اهل الحيض وهذا لايكون الامن قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لاالى الحيض اى ان شككتم في حكمهن ثم قال فى التي تبقى تسعة اشهر لاتحيض وهي فى سن من تحيض انها تعتد بالاشهر واما اسماعيل وابن بكير من اصحابه فذهبوا الى ان الريبة هاهنا هى فى الحيض وان اليائس فى كلام العرب هوما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا بتاويل الآية مذهبهم الذى هومذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم هاهنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون فى هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس مالا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهى في سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول اهل الظاهر لان اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من اهل العدة لابالاقراء ولا بالشهور واما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان واما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع او مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان ام طال وقد قيل ان المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب واما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان احداها ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التميز فتعتد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وان لم تميز لها فثلاثة اشهر وقال الشافعى عدتها بالتميز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القاني من الحيضة ويكون الاصفر من ايام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد ايام حيضتها فى صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التى لاتحيض وهي من اهل الحيض والشافعى انما ذهب فى العارفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياساً على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة اتركى الصلاة ايام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلى الدم وانما اعتبر التميز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش اذا كان دم الحيض فانه دم اسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة فاذا كان الاخير فتوضئى وصلى فانما هو عرق خرجه ابو داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها اذا اختلط عليها الدم بالشهور لانه معلوم في الاغلب ان في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه واما المسترابة اعنى التى تجد حسا في بطنها تظن به انه

حمل

حمل فانها تمكث اكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال اهل الظاهر تسعة اشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن اعنى المطلقات لقوله تعالي واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن واما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن ايضاً بتلك الاقسام بعينها اعنى حيضاً ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض التى ياتيهن حيضهن فالجمهور على ان عدتهن حيضتان وذهب داود واهل الظاهر الى أن عدتها ثلاث حيض كالحرة وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد اعنى كونه متنصفا مع الرق وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تتبعض واما الامة المطلقة اليائسة من المحيض اوالصغيرة فان مالكا واكثر اهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة اشهر وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وابو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله فمرة اخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ومرة اخذ بالقياس وذلك فى ذوات الحيض والقياس في ذلك واحد وأما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف فى ذلك وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته فى العدة من الطلاق الرجعى ثم ارتجعها ففارقها قبل أن يمسها هل تستانف عدة ام لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستانف العدة وقالت فرقة تبقي فى عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولى الشافعى وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستانفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ماخلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى أظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الانفاق فان انفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في العدة فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما تداخل العدتين والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا عتقت الامة فى عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل في الوجهين معا * وسبب الخلاف هل العدة من احكام الزوجية ام من احكام انفصالها فمن قال من احكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها ومن قال من احكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو اعتقت وهى زوجة ثم طلقت وأما من فرق بين البائن والرجعى فبين وذلك أن الرجعى فيه شبه من احكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهى في عدة من طلاق رجعى وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمي النظر فى العدة

﴿القسم الثاني﴾ وأما النظر فى احكام العدد فانهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى فى الرجعيات اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الاية ولقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن واختلفوا فى سكنى المبتوتة ونفقتها اذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال احدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثانى أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول احمد وداود وأبي ثور واسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعى وجماعة * وسبب اختلافهم اختلاف الرواية

في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما السكني والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطاه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن ام مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقى على عمومه في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وعللوا أمره عليه السلام لها بان تعتد في بيت ابن ام مكتوم بانه كان في لسانها بذاء وأما الذين اوجبوا له السكني والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحيث ماوجب السكنى في الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر انه قال في حديث فاطمة هذا لاندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الآية ولان المعروف من سنته عليه السلام انه أوجب النفقة حيث يجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعاً مصيراً الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور واما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغي ان تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق او موت او اختيار الامة نفسها اذا أعتقت واختلفوا فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشراً واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الامة اذا لم تاتها حيضتها في الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة وذلك اذا كانت عادتها في الحيض اكثر من مدة العدة وهذا اما غير موجود اعنى من تكون عادتها أن تحيض اكثر من اربعة أشهر الى اكثر من اربعة اشهر واما نادر واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامصار أبي حنيفة والشافعي والثوري

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى واولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وان كانت الاية في الطلاق وأخذاً ايضاً بحديث ام سلمة ان سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حللت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بابعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة وأما الامة المتوفى عنها من تحل له فانها لا تخلوا ان تكون زوجة او ملك يمين او ام ولد او غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قاسوا

ذلك

ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم واما ام الولد فقال مالك والشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر وقال مالك وان كانت ممن لاتحيض اعتدت ثلاثة اشهر ولها السكنى وقال أبو حنيفة واصحابه والثورى عدتها ثلاث حيض وهو قول على وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة أربعة اشهر وعشراً وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيهاً بالامة يموت عنها سيدها وذلك مالاخلاف فيه وحجة ابى حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهى حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بامة فتعتد عدة امة فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الاحرار واما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاصى قال لاتلبسوا علينا سنة نبينا عدة ام الولد اذا توفى عنها سيدها اربعة اشهر وعشر وضعف احمد هذا الحديث ولم يأخذ به وأما من اوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيهاً بالزوجة الامة * فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهى مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب ابى حنيفة

﴿البـــــاب الثاني فى المتعة﴾ والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من اهل الظاهر هى واجبة فى كل مطلقة وقال قوم هى مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها فى بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال أبو حنيفة هى واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقاً مسمى وقال الشافعى هى واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء ، واحتج ابو حنيفة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فعلم انه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان تجب لها المتعة وهذا لعمرى مخيل لانه حيث لم يجب لها صداق اقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شئ وأما الشافعى فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة فى قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره على العموم في كل مطلقة الا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول وأما اهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لامتعة لها لكونها معطية من يدها كالحال فى التى طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق واهل الظاهر يقولون هو شرع فتاخذ وتعطى . وأما مالك فانما حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية حقاً على المحسنين أى على المتفضلين المجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا فى المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد

﴿باب فى بعث الحكمين﴾

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما في التشاجر أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها الآية وأجمعوا على ان الحكمين لايكونان الا من اهل الزوجين . أحدهما من قبل الزوج ، والاخر من قبل المرأة الا ان لايوجد فى اهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرها وأجمعوا على ان الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على ان قولهما فى الجمع

بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين ، واختلفوا فى تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج اولا يحتاج الى ذلك فقال مالك واصحابه يجوز قولهما فى الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما فى ذلك وقال الشافعى وابو حنيفة واصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك مارواه من ذلك عن على بن ابى طالب انه قال فى الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعى وابى حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد احد سوى الزوج او من يوكله الزوج واختلف اصحاب مالك فى الحكمين يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال اشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا ان يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعى وابو حنيفة بما روى فى حديث على هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيتما ان تجمعا جمعتما وان رأيتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لى وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما اقرت به المرأة قال فاعتبر فى ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب الايلاء﴾

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر والايلاء هو ان يحلف الرجل الا يطأ زوجته اما مدة هى اكثر من اربعة اشهر او اربعة اشهر او باطلاق على الاختلاف المذكور فى ذلك فيما بعد ، واختلف فقهاء الامصار فى الايلاء فى مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة الاشهر المضروبة بالنص للمولى ام انما تطلق بان توقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين ام بالايمان المباحة فى الشرع فقط ومنها ان امسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليا ام لا ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمدة من اربعة اشهر فقط او اكثر من ذلك او المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة اصلا ومنها هل طلاق الايلاء بائن او رجعى ومنها ان ابى الطلاق والفيء هل يطلق القاضى عليه ام لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث فى الزواج الثانى ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يطأها فى العدة ام لا . ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر ام لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلا تلزمها عدة ام لا فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الايلاء بين فقهاء الامصار التى تتنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم فى مسئلة مسئلة منها وعيون ادلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا ﴿المسئلة الاولى﴾

أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها ام لا تطلق وانما الحكم ان يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعى وأحمد وابا ثور وداود والليث ذهبوا الى انه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب ابو حنيفة واصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون الى ان الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا ان يفيء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين * وسبب الخلاف هل قوله تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم أى فان فاءوا قبل انقضاء الاربعة الاشهر او بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم

الايفيء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله وان عزموا الطلاق أى باللفظ فان الله سميع عليم وللمالكية فى الآية اربعة ادلة . احدها انه جعل مدة التربص حقاً للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل فى الديون المؤجلة . الدليل الثانى ان الله تعالى اضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس تقع من فعله الاتجوزاً اعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الاتجوزاً وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الابدليل ، الدليل الثالث قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لابانقضاء المدة. الرابع ان الفاء فى قوله تعالى فان فاءو فان الله غفور رحيم قالوا فان فاء وظاهرة فى معنى التعقيب فدل ذلك على ان الفيئة بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة وأما أبو حنيفة فانه اعتمد فى ذلك تشبيه هذه المدة بالمدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت ليلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس ﴿المسئلة الثانية﴾

وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعى لايقع الا بالايمان المباحة فى الشرع وهى اليمين بالله او بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم أعنى عموم قوله تعالى للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر والشافعى يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين ترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الايلاء هى اليمين التى ترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على انه لايلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين اوبغير يمين لان الضرر يوجد فى الحالتين جميعاً ﴿المسئلة الرابعة﴾

وأما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب ان تكون اكثر من اربعة اشهر اذ كان الفيء عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر وأما أبو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هى الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفيء عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبي ليلي الى انه اذا حلف وقتاً ما وان كان أقل من اربعة اشهر كان مولياً يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروي عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ألا يصيب امرأته على التابيد * والسبب فى اختلافهم في المدة اطلاق الاية فاختلافهم في وقت الفيء وفي صفة اليمين ومدته هو كون الاية عامة في هذه المعانى او مجملة وكذلك اختلافهم فى صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ماسياتى بعد وأما ماسوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هي اركان الايلاء أعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفيء والمدة وصفة المولى والمولي منها ونوع الطلاق الواقع

﴿المسئلة الخامسة﴾ فاما الطلاق الذى يقع بالايلاء فعند مالك والشافعى انه رجعى لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب ان يحمل على انه رجعي الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال ابو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة * فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف فى الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعي ومن غلب المصلحة قال بائن

﴿المسئلة السادسة﴾ واما هل يطلق القاضى اذا ابى الفيء او الطلاق

او يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضي عليه وقال اهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه * وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف في الطلاق للمصلحة فمن راعي الاصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الامن الزوج ومن راعي الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يابى ذلك

﴿ المسئلة السابعة ﴾ واما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده فى الطلاق الرجعي والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولى الشافعى وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على ان الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين * والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا إيلاء في الشرع الا بحيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الايلاء ولذلك رآ مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين إذا وجد معنى الايلاء

﴿ المسئلة الثامنة ﴾ واما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة إذا كانت قد حاضت فى مدة الاربعة اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات *وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم يرعليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة

﴿ المسئلة التاسعة ﴾ واما إيلاء العبيد فان مالكا قال إيلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياساً على حدوده وطلاقه وقال الشافعى وأهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء والايلاء يمين وقياساً أيضاً على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت امة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحر غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحاً ومن الحر أعظم قبحاً ومدة الايلاء انما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة اقصر من هذه كان أضيق على الزوج وانفى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس الا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتاثير الرق فى مدة الايلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبيد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها فى ترك الجماع وقال أيضاً لا ايلاء على خصى ولا على من لا يقدر على الجماع

﴿ المسئلة العاشرة ﴾ وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ في العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى ان ذلك ليس من شرطها واما مالك فانه اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده

له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلوا ان يكون الايلاء يعود برجعته اياها فى العدة أولا يعود فان عاد لم يعتبر واستوتف الايلاء من وقت الرجعة أعنى بحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الاعلى مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيف ما كان فلابد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة واما مالك فانه قال كل رجعة من الطلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر صحتها بيساره * فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل

﴿كتاب الظهار﴾

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الآية وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجي اويس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكوا اليه ورسول الله يجادلنى فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام قال فليطعم ستين مسكيناً قالت ماعنده من شئ يتصدق به قال فاني ساعينه بعرق من تمر قالت وأنا اعينه بعرق آخر قال لقد احسنت اذهبى فاطعمي عنه ستين مسكيناً خرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم والكلام فى اصول الظهار ينحصر في سبعة فصول منها فى الفاظ الظهار ومنها فى شرط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح فيه الظهار ومنها فيما يحرم على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ومنها هل الايلاء عليه ومنها القول فى احكام كفارة الظهار

﴿الفصل الاول﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته أنت على كظهر امي انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر اوذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التابيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لايكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى الا يسمى ظهاراً الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام واما اذا قال هي على كامى ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعى ينوى فى ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار واما من شبه زوجته باجنبية لا تحرم عليه على التابيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار * وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم

﴿الفصل الثاني﴾

وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو نص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضاً فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيهاً بكفارة القتل والفطر وأيضاً فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله

ومعنى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا والعود عندهم هو العود في الاسلام فاما القائلون باشتراط العود فى ايجاب الكفارة
فانهم اختلفوا فيه ماهو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات ، إحداهن ان العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معاً
. والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند اصحابه وبه قال أبو حنيفة واحمد ، والرواية
الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهي اضعف الروايات عند اصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن
مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت انه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان
يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه او هو دليل ذلك وقال داود واهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية
ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمالك تنبنى على اصلين . أحدهما ان المفهوم
من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العودة الى ماحرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان
ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هي اما الوطء نفسه واما العزم عليه وارادته . والاصل الثانى انه ليس يمكن ان
يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى فى الآية فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ولذلك كان الوطء محرماً حتى يكفر
قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقاً وبالجملة فالمعول
عندهم فى هذه المسئلة هو الطريق الذى يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معني العود لا يخلوا ان
يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود او الوطء نفسه او الامساك نفسه او ارادة الوطء ولا يكون تكرارا للفظ
لان ذلك تاكيد والتاكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقى
ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد اراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية
فى اجرائهم ارادة الامساك او الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشئ مشبهاً
بالشئ وجعلوا حكمهما واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو
السبب فى وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق اثر الظهار ولهذا احتاط مالك
في الرواية الثانية فجعل العودة هو ارادة الامرين جميعاً اعنى الوطء والامساك واما ان يكون العود الوطء فضعيف
ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أى كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر هاهنا وهو
قياس شبه عارضه النص وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ فى قوله تعالي ثم يعودون لما قالوا وذلك يقتضى الرجوع
الى القول نفسه وعند ابي حنيفة انه العود فى الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية وعند مالك والشافعي
ان معني فى الآية ثم يعودون فيما قالوا * وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم
فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء او الامساك وتأول معنى اللام فى قوله ثم يعودون لما قالوا
بمعنى الفاء وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة تكريرا للفظ وأن العودة الثانية انما هى ثانية للاولى التى
كانت منهم فى الجاهلية ومن تأول احد هذين فالاشبه له ان يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك
مجاهد الا ان يقدر فى الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فهنا اذاً ثلاثة مذاهب . اما ان تكون العودة هي تكرار اللفظ
. واما ان تكون ارادة الامساك . واما ان تكون العودة هي التى فى الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعنى الاول
والثالث ، أحدهما ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة . واما الا يقدر
فيهما محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار ، واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك

او

اوماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة ام لا فجمهور العلماء على الا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة او بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعي وحكي عن عثمان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله اعلم

﴿ الفصل الثالث ﴾ واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة ، واختلفوا في الظهار من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل فاما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجماعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وام الولد وقال الشافعي وابو حنيفة واحمد وابو ثور لا ظهار من امة وقال الاوزاعي ان كان يطأ امته فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من اوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً انهم قد اجمعوا ان النساء في قوله تعالى للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم اعني تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء اعني ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروجهن من الظهار واما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة ام لا فمذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة اتزوجها فهي مني كظهر امي وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك في الظهار قال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعي وابو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان اطلق لم يلزمه ظهار وهو ان يقول كل امرأة اتزوجها فهي مني كظهر امي فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة او سمى قرية او قبيلة وقائل هذا القول هو ابن ابي ليلى والحسن بن حي ؛ ودليل الفريق الاول قوله تعالى اوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه اذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر واما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه ابو داود والترمذي والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس واما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج واختلفوا ايضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فعن العلماء في ذلك ثلاثة اقوال . اشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن الزم المرأة الظهار فتشبيهاً للظهار باليمين ومن فرق فلانه رآ ان اقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف * وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى

﴿ الفصل الرابع ﴾

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع انواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ماعدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال ابو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا ماعدا ذلك وبه قال الثوري واحمد وجماعة

ودليل قول مالك قوله تعالى من قبل ان يتماسا وظاهر لفظ التماس يقتضى المباشرة فما فوقها ولانه ايضاً لفظ حرمت به عليه فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعى ان المباشرة كناية هاهنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها اما ان تدل على ما فوق الجماع واما ان تدل على الجماع وهى الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازاً قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعاً أعنى الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة للعرب ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفاً لجاز وايضاً فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب ان يختص بالفرج

الفصل الخامس وأما تكرر الظهار بعد الطلاق أعنى اذا طلقها بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها فى العدة او بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعى ان راجعها فى العدة فعليه الكفارة وان راجعها فى غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه املا * وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع احكام الزوجية ويهدمها اولا يهدمها فمنهم من رآ ان البائن الذى هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رآ ان الطلاق كله غير هادم واحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم

الفصل السادس وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بالا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه ايضاً اختلافاً فابو حنيفة والشافعى يقولان لا يتداخل الحكمان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً اولم يكن وبه قال الاوزاعى واحمد وجماعة وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط ان يكون مضاراً وقال الثورى يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة اقوال قول انه يدخل باطلاق وقول انه لا يدخل باطلاق وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها * وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر

الفصل السابع

والنظر في كفارة الظهار في اشياء . منها فى عدد انواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعنى الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب اكثر من واحدة فاما انواعها فانهم اجمعوا على انها ثلاثة انواع اعتاق رقبة او صيام شهرين او اطعام ستين مسكيناً وانها على الترتيب فالاعتاق اولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا فى الحر واختلفوا فى العبد هل يكفر بالعتق او الاطعام بعد اتفاقهم ان الذى يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان اذن له سيده ابو ثور وداود وأبا ذلك سائر العلماء وأما الاطعام فاجازه له مالك ان اطعم باذن سيده ولم يجز ذلك ابو حنيفة والشافعى ومبنى الخلاف فى هذه المسئلة هل يملك العبد اولا يملك . وأما اختلافهم فى الشروط المصححة فمنها اختلافهم اذا وطء فى صيام الشهرين هل عليه استيناف الصيام املا فقال مالك وابو حنيفة يستانف الصيام الا ان اباحنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعى لا يستانف على حال * وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذى ورد فى كفارة الظهار

أعنى ان تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستانف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لايستانف لان الكفارة فى اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة ان تكون مومنة ام لا فذهب مالك والشافعى الى ان ذلك شرط فى الاجزاء وقال ابو حنيفة يجزى في ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الاول انه اعتاق على وجه القربة فوجب ان تكون مسلمة اصله الاعتاق فى كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المفيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان في كفارة القتل واطلقها فى كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد ففيه خلاف والحنفية لايجيزونه وذلك ان الاسباب فى القضيتين مختلفة وأما حجة ابى حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده ان يحمل كل على لفظه ، ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سالمة من العيوب ام لا ثم ان كانت سليمة فمن اى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجمهور ان للعيوب تاثيراً في منع اجزاء العتق وذهب قوم الى ان ليس لها تاثيراً في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحي والهدايا لكون القربة تجمعها وحجة الفريق الثاني اطلاق اللفظ فى الآية * فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تاثيراً في منع الاجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر فى الاجزاء اوعدمه اما العمى وقطع اليدين اوالرجلين فلا خلاف عندهم فى انه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز اقطع اليد الواحدة اجازه ابو حنيفة ومنعه مالك والشافعى . وأما العور فقال مالك لايجزى وقال عبد الملك يجزى وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لايجزى وقال اصحاب الشافعى يجزى وأما الاصم فاختلف فيه فى مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لايجزي . وأما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعى في ذلك قولان اما المجنون فلا يجزى اما الخصى فقال ابن القاسم لايعجبنى الخصى وقال غيره لايجزى وقال الشافعى يجزي واعتاق الصغير جائز فى قول عامة فقهاء الامصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف فى المذهب يجزى وأما البين العرج فلا * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قدر النقص المؤثر فى القربة وليس له اصل فى الشرع الا الضحايا وكذلك لايجزى فى المذهب ما فيه شركة اوطرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزاً لا اعتاقاً وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال ابو حنيفة ان كان المكاتب ادي شيئاً من مال الكتابة لم يجز وان كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لايجزيه تشبيهاً بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعى يجزيه ولا يجزى عند مالك اعتاق ام ولده ولا المعتق الى اجل مسمى . وأما عتق ام الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ اما فى الكتابة فمن العجز عن اداء النجوم واما في التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما العتق الي اجل فانه عقد عتق لاسبيل الى حله . واختلف مالك والشافعى مع ابي حنيفة فى اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعى لايجزى عنه وقال ابو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار اجزأ فابو حنيفة شبهه بالرقبة التي لايجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزيه فابو حنيفة اقام القصد للشراء مقام العتق وهؤلاء قالوا لابد ان يكون قاصداً للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقاً باختياره ولكن احدهما معتق بالاختيار الاول والاخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق

على القصد الثاني ومشتر على القصد الاول والاخر بالعكس واختلف مالك والشافعي فيمن اعتق نصفى عبدين فقال مالك لايجوز ذلك وقال الشافعي يجوز لانه فى معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة واما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك فى القدر الذى يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذين وقع عليهم النص فعن مالك في ذلك روايتان اشهرهما ان ذلك مد بمد هشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو اقل وقد قيل هو مد وثلث واما الرواية الثانية فمداً مداً لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالباً اعنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم فى شروط الصحة فى الواجبات فى هذه الكفارة واما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمنها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة اكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة ام يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يجزى فى ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وابى حنيفة ان فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان اكثر فأكثر فمن شبهه بالطلاق اوجب فى كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء اوجب فيه وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا تظاهر من امرأته فى مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة او على عدد المواضع التى ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي واحمد واسحاق وقال ابو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة واما اذا كان ذلك فى مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التاكيد كانت الكفارة واحدة وان اراد استئناف الظهار كان ما اراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد اوفي مجالس شتى *والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذى يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة فى وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذى يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ام لا يوجب ذلك فيه تعدد اوكذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر منها اكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة ام لا فاكثر فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثورى والاوزاعي واحمد واسحاق وأبو ثور وداود والطبرى وابو عبيد ان فى ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضى انه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فاتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لانه وطئ وطئاً محرماً وهو مروى عن عمرو بن العاصى وقبيصة بن ذويب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شئ لا عن العود ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بامر مجدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق اوالصيام

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه * الفصل الاول فى انواع الدعاوى الموجبة له وشروطها *الفصل الثاني فى صفات المتلاعنين *الثالث فى صفة اللعان * الرابع فى حكم نكول احدهما اورجوعه * الخامس فى الاحكام اللازمة لتمام اللعان * فأما الاصل فى وجوب اللعان اما من الكتاب فقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية واما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني اذ جاء الى عاصم بن عدى العجلانى رجل من قومه فقال له ياعاصم ارأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل سل لي ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاء عويمر فقال ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تاتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لا أنتهي حتى أسئله عنها فأقبل عويمر حتى اتي رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله ارأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفى صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين وايضاً من طريق المعنى لما كان الفراش موجباً للحوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هى اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف فى ذلك اعلمه فهذا هو القول فى اثبات حكمه

الفصل الاول

واما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي اولا صورتان احداهما دعوى الزنا والثانية نفى الحمل ودعوى الزنا لايخلوا ان تكون مشاهدة اعنى ان يدعى انه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنا اوتكون دعوى مطلقة واذا نفي الحمل فلا يخلوا ان ينفيه ايضا نفياً مطلقاً اويزعم انه لم يقربها بعد استبرائها فهذه اربعة احوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل ان يرميها بالزنا اوينفى الحمل اويثبت الحمل ويرميها بالزنا ، فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعي الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعى وابو حنيفة والثورى واحمد وداود وغيرهم واما المشهور عن مالك فانه لايجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم ايضا انه يجوز وهى ايضاً رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الآية ولم يخص فى الزنا صفة دون صفة كما قال فى ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك منها قوله فى حديث سعد ارأيت لو ان رجلا وجد مع امرته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه فقال والله يارسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت باذنى فكره رسول الله صلي الله عليه وسلم ماجاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزواجهم الآية وايضا فان الدعوى تجب ان تكون بينة كالشهادة وفى هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به واتفقوا فيما احسب أن من شرط الدعوى الموجبة للعان برؤية الزنا ان تكون فى العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان ام لا فقال مالك والشافعي والاوزاعي وجماعة

بينهما لعان وقال أبو حنيفة لالعان بينهما الا ان ينفي ولداً ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن واما ان نفى الحمل فانه كما قلنا على وجهين احدهما ان يدعي انه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة واما نفيه مطلقاً فالمشهور عن مالك انه لايجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداود وقالوا لامعنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكي عبد الوهاب عن اصحاب الشافعي انه لايجوز نفى الحمل مطلقاً من غير قذف واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور ينفيه وهي حامل وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعى اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لاينفى الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعد ان النبى عليه السلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال ان جاءت به على صفة كذا فما اراه الاقد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا فى وقت اللعان وحجة ابي حنيفة ان الحمل قد ينفش ويضمحل فلا وجه للعان الاعلى يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاماً كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابى حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الاوقت الولادة وكذلك ماقرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتاً ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان فى وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك فى جميع المدة التى يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكراً له وبقريب من هذا المعنى قال الشافعى وقال قوم ليس له ان ينفى الحمل الا فى العدة فقط وان نفاه فى غير العدة حد وألحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة اشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به فى مدة العصمة فما زاد على اقصر مدة الحمل وهي الستة اشهر اعنى ان يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول او امكانه لامن وقت العقد وشذ ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امراة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لراس ستة اشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لانه انما اعتمد فى ذلك عموم قوله عليه السلام الولد للفراش وهذه المراة قد صارت فراشاً له بالعقد فكانه راى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شئ ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن والثانية انه يلاعن وينفى الولد والثالثة انه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه *وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضاً من هذا الباب فى فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لايلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية وقال مالك والشافعى يلاعن لان الشهود لاتاثير لهم فى دفع الفراش

الفصل الثاني

واما صفة المتلاعنين فان قوماً قالوا

يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا او عبدين او احدهما حر والاخر عبد محدودين كانا او عدلين او احدهما مسلمين
كانا او كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا ان يترافعا الينا وممن قال بهذا القول مالك والشافعى
وقال ابو حنيفة واصحابه لا لعان الا من مسلمين حرين عدلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من اهل الشهادة
وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ولم يشترط فى
ذلك شرطاً ومعتمد الحنفية ان اللعان شهادة فيشترط فيها مايشترط في الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله فشهادة
أحدهم أربع شهادات بالله ويقولون انه لا يجب لعان الا بين من يجب عليه الحد فى القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا
على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب فى قذفه الحد اذ كان اللعان انما
وضع لدرء الحد مع نفى النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبدين والكافرين والجمهور يرون انه يمين وان كان يسمي شهادة فان أحداً
لا يشهد لنفسه واما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين فى قوله تعالى اذا جاءك المنافقون قالوا الآية ثم قال
اتخذوا أيمانهم جنة وأجمعوا على جواز لعان الاعمي واختلفوا في الاخرس فقال مالك والشافعى يلاعن الاخرس
اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ

﴿الفصل الثالث﴾

فاما صفة اللعان فمنها رتبة عند جمهور العلماء وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف وذلك
على ظاهر ماتقتضيه الفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزنى وان ذلك الحمل ليس منى ويقول
فى الخامسة لعنت الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ماشهد هو به ثم تخمس بالغضب
هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز ان يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان اشهد اقسم
ومكان قوله بالله غيره من اسمائه والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الالفاظ أصله عدد الشهادات
وأجمعوا على ان من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم

﴿الفصل الرابع﴾

فاما اذا نكل الزوج
فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحبس . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الآية وهذا عام فى الاجنبي والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من
قذف ولم يكن له شهود أعنى انه يحد وماجاء أيضاً من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه السلام
ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثانى بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب
الحد عليه عند النكول والتعريض لايجابه زيادة فى النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار
الاحاد قالوا وأيضاً لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تاثير فى اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد
عن الاجنبى فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على
المرأة ان اليمين يدرا عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرى عنها باليمين وللاشتراك الذى فى اسم العذاب
اختلفوا أيضاً فى الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخل
بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالجلد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى
يلاعن وحجته قوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل
نفس بغير نفس وأيضاً فان سفك الدم بالنكول حكم ترده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم

المال بالنكول فكم بالحرى الايجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها فى الشرع على أنها لا تراق الا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب الاتخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فابو حنيفة فى هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالى فى كتابه فى البرهان بقوة أبي حنيفة فى هذه المسئلة وهو شافعي واتفقوا على انه اذا اكذب نفسه حد والحق به الولد ان كان بقي ولداً واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان امابنفسه وامابحكم حاكم على مانقوله بعد فقال مالك والشافعي والثورى وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لايجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا اكذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وقد قال قوم يرد اليه امرأته وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لاسبيل لك عليها ولم يبين فاطلق التحريم وحجة الفريق الثاني انه اذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان احدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم

﴿الفصل الخامس﴾

فاما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فمتى تجب وهل يجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هى طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر فى ذلك من أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتى وطائفة من أهل البصرة لايعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولاهو صريح فى الاحاديث لان في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضاً فان اللعان انما هو شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبيهاً بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما أوجب الا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولاأقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذى بينهما غاية القبح واما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعاً من اللعان وقال الشافعى اذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة ولاتقع الابحكم حاكم وبه قال الثورى وأحمد وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لاسبيل لك عليها وماروى انه لم يفرق بينهما الابعد تمام اللعان وحجة الشافعى ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر فى نفى السبب فوجب ان كان للعان تاثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيهاً بالطلاق وحجتهما جميعاً على أبى حنيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال لا سبيل لك عليها فرآ ان حكمه شرط فى وقوع الفرقة كما ان حكمه شرط في صحة اللعان * فسبب الخلاف بين من رآ انه تقع به فرقة وبين من لم ير ذلك ان تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا فى الحديث المشهور لانه بادر بنفسه فطلق قبل ان يخبره بوجوب الفرقة والاصل الا فرقة الا بطلاق وانه ليس فى الشرع تحريم يتأبد أعنى متفقاً عليه فمن غلب هذا الاصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة قال بايجابها * وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أولم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يغلب عليه شبه الاحكام التى تشترط فى

صحتها

صحتها حكم الحاكم اوالتى لايشترط ذلك فيها واما المسئلة الرابعة وهى اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ او طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى هو فسخ وقال ابوحنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأبيد التحريم به فاشبه ذات المحرم واما ابوحنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين اذا كانت عنده بحكم حاكم

﴿كتاب الاحداد﴾

اجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر والمسلمات فى عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوي ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة واما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت ام ولد اولم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور فى الكتابية ابن نافع واشهب ورواه عن مالك وبه قال الشافعى اعنى انه لا احداد على الكتابية وقال ابوحنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكي ذلك عن ابى حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالكا قال لااحداد الا في عدة الوفاة وقال أبوحنيفة والثورى الاحداد فى العدة من الطلاق البائن واجب واما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه . واما الفصل الثالث وهو ماتمتنع الحادمنه مما لاتمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالحلي والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم فى الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط منه مالم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فاقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحاد متقاربة وذلك مايحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد فى الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنها حديث ام سلمة زوج النبي عليه السلام ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينيها افتكحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لامرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هى اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمي بالبعرة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد واما حديث ام حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ثم قالت والله مالى به من حاجة غير انى سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول لايحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الاخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة اشهر وعشراً فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضى وفى الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين اعنى هل يقتضى الوجوب أو الاباحة * وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رآ ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رآ انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعي تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لايتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه السلام لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد الا على زوج قال فشرطه الايمان فى الاحداد يقتضى انه عبادة وأما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة اوجبت شيئين باتفاق احدهما الاحداد والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة

بتبدلها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة وأما اختلافهم في الكتابية من قبل ترددها بين الحرة والامة وأما الامة بملك اليمين وام الولد فانما صار الجمهور إلى إسقاط الاحداد عنها لقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تومن بالله واليوم الاخر ان تحد إلا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عداذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به ان لا تتشوف اليها الرجال فى العدة ولا تتشوف هي اليهم وذلك سد ذريعة لمكان حفظ الانسان

كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه

يتلوه كتاب البيوع ان شاء الله

كتاب البيوع

الكلام في البيوع ينحصر فى خمس جمل فى معرفة انواعها وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفى معرفة احكام البيوع الصحيحة وفي معرفة احكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر انواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى واحد واحد منها واحكام بيوع الصحة واحكام البيوع الفاسدة ولما كانت اسباب الفساد والصحة فى البيوع منها عامة لجميع انواع البيوع اولا كثرها ومنها خاصة وكذلك الامر فى احكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعنى العام من اسباب الفساد واسباب الصحة واحكام الصحة واحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة اجزاء . الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة . الثانى تعرف فيه أسباب الفساد العامة فى البيوع المطلقة ايضاً اعني فى كلها اواكثرها اذ كانت اعرف من اسباب الصحة . الثالث تعرف فيه اسباب الصحة فى البيوع المطلقة ايضاً . الرابع نذكر فيه احكام البيوع الصحيحة اعنى الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة اولا كثرها . الخامس نذكر فيه احكام البيوع الفاسدة المشتركة اعنى اذا وقعت : السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد واحكامها

﴿الجزء الاول﴾ ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلوا أن تكون عيناً بعين او عيناً بشئ فى الذمة او ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث اما نسيئة واما ناجز وكل واحد من هذه ايضاً اما ناجز من الطرفين واما نسيئة من الطرفين واما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الاخر فتكون انواع البيوع تسعة فاما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا فى العين ولا فى الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ومنها مايكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عيناً بعين فلا يخلوا ان تكون ثمناً بمثمون او ثمناً بثمن فان كانت ثمناً بثمن سمى صرفا وان كانت ثمناً بمثمون سمي بيعاً مطلقاً وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد وان كان عينا بذمة سمي سلما وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المرابحة سمي بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة

﴿الجزء الثاني﴾ واذا اعتبرت الاسباب التى من قبلها ورد النهي الشرعى فى البيوع وهى اسباب الفساد العامة وجدت اربعة احدها تحريم عين المبيع . والثانى الربا . والثالث الغرر . والرابع الشروط التى

تؤول الى احد هاذين اولمجموعهما وهذه الاربعة هي بالحقيقة اصول الفساد وذلك ان النهي انما يتعلق فيها بالبيع من جهة ماهو بيع لا لامر من خارج واما التى ورد النهي فيها لاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو اهم منه ومنها لانهامحرمة البيع ففي هذا الجزء ابواب

﴿ الباب الاول فى الاعيان المحرمة البيع ﴾

وهذه نجاسات وغير نجاسات فاما بيع النجاسات فالاصل فى تحريمها حديث جابر ثبت فى الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله ارايت شحوم الميتة فانه يطلابها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها واكلوا اثمانها وقال في الخمر ان الذى حرم شربها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وانها نجسة الا خلافا شاذاً فى الخمر اعنى فى كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التى تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التى تقبل الحياة واختلف فى الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ ﴿واما القسم الثانى﴾ وهى النجاسات التي تدعوا الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذى يتخذ فى البساتين فاختلف فى بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقاً وقيل باجازتها مطلقاً وقيل بالفرق بين العذرة والزبل اعنى اباحة الزبل ومنع العذرة واختلفوا فيما يتخذ من انياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس ام لا فمن رآ انه ناب جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب. وأما ماحرم بيعه مما ليس بنجس اومختلف فى نجاسته فمنها الكلب والسنور اما الكلب فاختلفوا فى بيعه فقال الشافعي لايجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق اصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع الماذون فى اتخاذه وبين ما لايجوز اتخاذه فاتفقوا على أن مالايجوز اتخاذه لايجوز بيعه للانتفاع به وامساكه فاما من اراده للاكل فاختلفوا فيه فمن اجاز اكله اجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه. واختلفوا أيضاً فى الماذون فى اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه فاما الشافعى فعمدته شيئان احدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبى صلى الله عليه وسلم والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله فى ذلك فى كتاب الطهارة واما من اجازه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم ايضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفى كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضاً فعمدته أنه غير مباح الاكل. لامباح الانتفاع به الاما استثناه الحديث من كلب الماشية اوكلب الزرع وما في معناه وروىت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهى عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ واما النهى عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع * فسبب اختلافهم فى الكلاب تعارض الادلة ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم اكله فقال مالك لايجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله حرما الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازه انه اذا كان في الشىء اكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولاسيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات

الاكل على الاباحة أعني انه ان كان فيها منافع سوى الاكل فبيعت لهذا جاز ورووا عن على وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعى أيضاً مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان في المذهب رواية اخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للاصل أعنى لتحريم البيع واختلف ايضاً في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين احدهما جواز ذلك والاخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين او نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الادمية اذا حلب فمالك والشافعى يجوزانه وأبو حنيفة لايجوزه وعمدة من اجاز بيعه انه لبن ابيح شربه فابيح بيعه قياساً على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه فى الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا فى قياسهم هكذا الانسان حيوان لايوكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والاتان * فسبب اختلافهم فى هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل فى كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول

﴿الباب الثانى فى بيوع الربا﴾

واتفق العلماء على أن الربا يوجد فى شيئين فى البيع وفيما تقرر فى الذمة من بيع اوسلف اوغير ذلك فاما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرنى أزدك وهذا هو الذى عناه عليه السلام بقوله فى حجة الوداع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد وأما الربا فى البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الاماروى عن ابن عباس من انكاره الربا فى التفاضل لما رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لاربا الافي النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى أن الربا فى هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام فى الربا ينحصر فى أربعة فصول * الفصل الاول في معرفة الاشياء التى لايجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبيين علة ذلك * الثانى فى معرفة الاشياء التى يجوز فيها التفاضل ولايجوز فيها النساء * الثالث في معرفة مايجوز فيه الامران جميعا * الرابع فى معرفة مايعد صنفاً واحداً مما لايعد صنفاً واحداً

﴿الفصل الاول﴾

فنقول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لايجوز واحد منها فى الصنف الواحد من الاصناف التى نص عليها فى حديث عبادة بن الصامت الاماحكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الاسواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربي فهذا الحديث نص فى منع التفاضل فى الصنف الواحد من هذه الاعيان واما منع النسيئة فيها فثابت من غير ماحديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل فى الصنف الواحد وتضمن أيضاً حديث عمر منع النساء فى الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل فى تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد والبر بالشعير كيف شئتم

يداً

يداً بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يمتنع فى الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضاً ان النساء ممتنع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف او اختلفت وهذا امر متفق عليه أعنى امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الاماحكي عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ماعدي الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص اريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص اريد به العام واختلفوا فى المعنى العام الذى وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعنى فى مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذى استقر عليه حذاق المالكية ان سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم ان يكون فى الاكثر وقال بعض أصحابه الربا في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار وأما العلة عندهم فى منع التفاضل فى الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤوساً للاثمان وقيماً للمتلفات وهذه العلة هي التى تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم فى غير الذهب والفضة وأما علة منع النساء عند المالكية فى الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم فى المطعومات التي ليست مدخرة أعنى في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل ان الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد واما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق علة لمنع النساء فى المطعومات وأما الشافعية فعلة منع التاضل عندهم فى هذه الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك واما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الستة واحدة وهو الكيل اوالوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ماعدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعى مالكاً في علة منع التفاضل والنساء فى الذهب والفضة اعنى ان كونهما رؤوساً للاثمان وقيماً للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدراً يتأتى فيه الكيل وسياتى احكام الدنانير والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف واما هاهنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق فى هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم *فنقول ان الذين قصروا صنفى الربا على هذه الاصناف الستة فهم احد صنفين اما قوم نفوا القياس فى الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك ان جميع من الحق المسكوت هاهنا بالمنطوق به فانما الحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الاماحكى عن ابن الماجشون انه اعتبر فى ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هى حياطة الاموال يريد منع الغبن وأما القاضى ابو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده اقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم انه فى معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعنى من القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم إذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة

قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قدجاء من حديث سعيد بن عبدالله انه قال كنت اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل فمن البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم وأما المالكية فانها زادت على الطعم اما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطا واما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت فى استنباط هذه العلة فانه لو كان المقصود الطعم وحده لا كتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار اما البر والشعير فنبه بهما على اصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع انواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وايضاً فانهم قالوا لما كان معقول المعنى فى الربا انما هو الايغبن بعض الناس بعضاً وان تحفظ اموالهم فواجب ان يكون ذلك فى اصول المعايش وهى الاقوات وأما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث ابى سعيد وغيره الا كيلا بكيل يدا بيد رأوا ان التقدير أعنى الكيل اوالوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل او الوزن منها انهم رووا في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهى وكذلك ما يكال ويوزن وفي بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا نص لوصحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله اعلم ان علتهم اولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع ان المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه وان العدل فى المعاملات انما هو مقاربة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوي فى الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو فى وجود النسبة أعنى ان تكون نسبة قيمة احد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشئ الاخر الى جنسه مثال ذلك ان العدل اذا باع انسان فرساً بثياب هو ان تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب ان تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة أثواب فاذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجب في المعاملة العدلة أعني ان يكون عديل فرس عشرة أثواب فى المثل . وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف ان يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل فى هذه انما هو بوجود التساوى في الكيل اوالوزن اذ كانت لا تتفاوت في المنافع وأيضاً فان منع التفاضل في هذه الاشياء يوجب الا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه في المنافع المختلفة فاذا منع التفاضل فى هذه الاشياء أعنى المكيلة والموزونة علتان . إحداهما وجود العدل فيها . والثانى منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف . وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها اظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التى لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر فى علة الربا فى هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في اقوات الناس فانه يشبه ان يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت اهم منه فيما ليس هو قوتاً وقد روى عن بعض التابعين انه

اعتبر فى الربا الاجناس التى تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً أعنى المالية وهو مذهب ابن الماجشون

﴿ الفصـــل الثانى ﴾

فيجب من هذا ان تكون علة امتناع النسيئة فى الربويات هى الطعم عند مالك والشافعى . واما في غير الربويات مما ليس بمطعوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعى نسيئة فى غير الربويات وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل فى الربويات وفى غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان اوغير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة فى هذه لانه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة

﴿ الفصـــل الثالث ﴾

وأما مايجوز فيه الامران جميعاً أعنى التفاضل والنساء فما لم يكن تبعاً ربويا عند الشافعى وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفاً واحداً متماثلا اوصنفاً واحداً باطلاق على مذهب ابى حنيفة ومالك يعتبر فى الصنف المؤثر في التفاضل فى الربويات وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعى وان كان الشافعى ليس الصنف عنده مؤثراً الا فى الربويات فقط أعنى انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء اصلا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة فى هذه الفصول الثلاث فاما الاشياء التى لاتجوز فيها النسيئة فانها قسمان منها مالايجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها مايجوز فيها التفاضل فاما الاشياء التى لايجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعى الطعم فقط وعند ابى حنيفة الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعى واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة وأما الاشياء التى ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان اما مطعومات واما غير مطعومة فاما المطعومة فالنساء عنده لايجوز فيها وعلة المنع الطعم ؛ وأما غير المطعومة فانه لايجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى اجل الا ان تكون احداهما حلوبة والاخرى اكولة هذا هو المشهور منه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى اجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحداً وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر ان لايعتبر وقد قيل يعتبر . وأما ابو حنيفة فالمعتبر عنده فى منع النساء ما عدي التى لايجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل مالايجوز التفاضل عنده فى الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقداً وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعى حديث عمرو بن العاصى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان ياخذ فى قلايص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تاثير الجنس على الانفراد فى النسيئة وأما مالك فعمدته فى مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك انه لافائدة فى ذلك الا أن يكون من باب سلف يجر نفعاً وهو محرم وقد قيل عنه انه اصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لايجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعى ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاصى والحنفية لحديث سمرة مع التاويل له

لان ظاهره يقتضى الا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس او اختلف وكان مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاصى على اختلافهما وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذى ويشهد لمالك مارواه الترمذى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنان بواحد لايصلح نساء ولاباس به يداً بيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعبدين اسودين واشترى جارية بسبعة ارؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه ان يكون اصلا بنفسه لامن قبل سد ذريعة واختلفوا فيما لايجوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض فى المجلس قبل الافتراق فى سائر الربويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه السلام لا تبيعوا منها غائباً بناجز فمن شرط فيها التقابض فى المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطاً فى البيوع الا ماقام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الاصل

﴿ الفصل الرابع ﴾ واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفاً واحداً فى مسائل كثيرة لكن نذكر منها اشهرها وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل هل من شرطه الايختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً مما لايعد صنفاً واحداً فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى انهما صنف واحد وصار آخرون الى انهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك فى الموطا عن سعيد بن المسيب وبالثانى قال الشافعي وابو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس اما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم لاتبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الامثلا بمثل فجعلهما صنفين وايضا فان فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يداً بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى واما القياس فلانهما شيئان اختلفت اسماؤهما ومنافعهما فوجب ان يكونا صنفين اصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة واما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة واما اصحابه فاعتمدوا فى ذلك ايضاً السماع والقياس اما السماع فما روى أن النبي عليه السلام قال الطعام بالطعام مثلا بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة واما من طريق القياس فانهم عددوا كثيراً من اتفاقهما فى المنافع والمتفقة المنافع لايجوز التفاضل فيها باتفاق والسلت عند مالك والشعير صنف واحد واما القطنية فانها عنده صنف واحد فى الزكاة وعنه فى البيوع روايتان احداهما انها صنف واحد والاخرى انها اصناف * وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان او اصناف والارز والدخن والجاورس عنده صنف واحد

﴿ مسئلة ﴾ واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم الذى لايجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة اصناف فلحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد ايضاً وهذه الثلاثة الاصناف مختلفه يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو انواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا فى النوع الواحد بعينه وللشافعى قولان احدهما مثل قول ابى حنيفة والاخر ان جميعها صنف واحد وابو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لايجيزه والشافعي لايجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعند الشافعي قوله عليه السلام الطعام بالطعام مثلا بمثل ولانها اذا فارقتها الحياة زالت

الصفات التى كانت به تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولا واحداً وعمدة المالكية ان هذه اجناس مختلفة فوجب ان تكون لحمها مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذى فى الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذى بين الانواع التى فى الحيوان أعنى فى الجنس الواحد منه كانك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذى بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذى بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم والحنفية اقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة

﴿ مسئلة ﴾

واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة اقوال . قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعى والليث وقول انه يجوز فى الاجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك فى المتفقة أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل وذلك فى التى المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده فى الحيوان المأكول حتى انه لا يجيز الحى بالحى اذا كان المقصود الاكل من احدهما فهى عنده من هذا الباب أعنى ان امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقاً وبه قال ابو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاصول فى هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من اصول البيوع التى توجب التحريم قال به ومن رآ ان الاصول معارضة له وجب عليه احد امرين اما ان يغلب الحديث فيجعله اصلا زائداً بنفسه او يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعى غلب الحديث وابو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى اصوله فى البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعنى بيع الشئ الربوى باصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسياتى الكلام على هذا الاصل فانه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهى داخلة فى الربا بجهة وفى الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والغرر وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الاصول

﴿ مسئلة ﴾

ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالاشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك فى موطاه وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعى وابى حنيفة وابن الماجشون من اصحاب مالك . وقال بعض اصحاب مالك ليس هو اختلافاً من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقاً اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما ابو حنيفة فالمنع عنده فى ذلك من قبل ان احدهما مكيل والاخر موزون ومالك يعتبر الكيل او الوزن فيما جرت العادة ان يكال او يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن . واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما اصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال ابو حنيفة لا باس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا وقال الشافعى لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالاشهر فى الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوى وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة * وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات او ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه او لا تمكن فقال ابو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعى لا تنقله ، واختلفوا فى امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة فى الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما اذا اذا كان احد الربويين لم تدخله صنعة والاخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى فى كثير منها ان الصنعة تنقله من

الجنس أعني من ان يكونا جنساً واحداً فيجيز فيهما التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك
عسير الانفصال فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد
رام اصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى تنحصر فيه اقواله فيها وقد رام حصرها
الباجي في المنتقى وكذلك ايضاً يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شئ شئ من الاجناس التي يقع
بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك أعني في الحيوان والعروض والنبات * وسبب العسر ان الانسان اذا
سئل عن اشياء متشابهة في اوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادي النظر في الحال
جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده احد فرام ان يجري تلك الاجوبة على قانون واحد واصل واحد
عسر ذلك عليه وانت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هي امهات هذا الباب ·

﴿فصل﴾ وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في
القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن ابي وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله
الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا جف فقالوا
نعم فنهى عن ذلك فأخذ به اكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة
يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وابو يوسف وقال الطحاوي بقول ابي حنيفة * وسبب الخلاف
معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة
والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل فمن غلب ظواهر احاديث الربويات رد هذا الحديث ومن
جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال هو امر زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث ايضا اختلف الناس في تصحيحه
ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوي خولف فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذي يروي عنه هذا الحديث عن سعد بن ابي وقاص هو مجهول لكن
جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطاه قياساً به على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل رطب
بيابس من نوعه حرام يعني منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو واحد قسمي المزابنة عند مالك
المنهي عنها عنده والعرية عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعي والمزابنة عند ابي حنيفة المنهي عنها هو
بيع التمر على الارض بالتمر في رؤوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما أعني بوجود التساوي وطرد الشافعي
هذه العلة في الشيئين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد
بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث واما اختلافهم في بيع الجيد بالردي في الاصناف الربوية
فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين احدهما أجود من ذلك الصنف والاخر أردى مثل
ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر احدهما أعلى من الوسط والاخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه
أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب فجعل معه الردي ذريعة الى تحليل ما لا يجب من
ذلك ووافقه الشافعي في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه
أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردي عن الوسط والا فليس هناك
مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض اودنانير اودراهم

اذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض اقل من ذلك الصنف المفرد او يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم والثاني مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة اكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لايجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز * فسبب الخلاف هل مايقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة او يكفى في ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لايجوز لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوى الكيل والاوقع التفاضل ضرورة واما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضاً في هذا سد الذريعة لانه انما جعل حاصل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس

باب فى بيوع الذرائع الربوية

وهاهنا شئ يعرض للمتبائعين اذا أقال احدهما الاخر بزيادة اونقصان والمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشئ الذي باعه بزيادة اونقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تبايع ربوي مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا اضيفت البيعة الثانية الي الاولى استقر الامر على أن احدهما دفع عشرة دنانير فى عشرين الى اجل وهذا هو الذى يعرف ببيوع الاجال فنذكر من ذلك مسئلة في الاقالة ومسئلة من بيوع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول

مسـئلة

لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلا الى اجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلا نقداً اوالى أجل ان ذلك يجوز وأنه لاباس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هى بيع مستانف ولا حرج فى أن يبيع الانسان الشئ بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لانه فى هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً اوالى اجل وكذلك لاخلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى اجل والعشرة مثاقيل نقداً اوالى اجل واما ان ندم المشترى فى هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً اوالى اجل ابعد من الاجل الذي وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لايجوز وقال الشافعي يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى اجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التى عليه وايضاً فدخله بيع وسلف كان المشترى باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الاجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه وأما الشافعى فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستانف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشترى منه غلاماً بالتسعين ديناراً التي عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لايجوز واما ان كان البيع الاول نقداً فلاخلاف فى جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من اهل العينة أعنى الذى يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف فى اكثر منه يتوصلان اليه بما اظهرا من البيع من غير ان تكون له حقيقة واما البيوع التى يعرفونها ببيوع الاجال فهى ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقداً وهنا تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها فى مسئلتين واتفق فى الباقى وذلك انه من باع شيئاً الى أجل ثم

اشتراه فاما ان يشتريه الى ذلك الاجل بعينه اوقبله او بعده وفى كل واحد من هذه الثلاثة اما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه واما باقل واما باكثر يختلف من ذلك فى اثنين وهوان يشتريها قبل الاجل نقدا باقل من الثمن والى ابعد من ذلك الاجل باكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجمهور اهل المدينة ان ذلك لايجوز وقال الشافعى وداود وابو ثور يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير فى اكثر منها الى اجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام مثل ان يقول قائل لاخر اسلفنى عشرة دنانير الى شهر واردالیك عشرين دينارا فيقول هذا لايجوز ولكن ابتع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقداً واما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان اعطى اكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها باقل من ذلك الثمن الى ابعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأي هذا الرأى حديث أبي العالية عن عائشة أنها سمعتها وقدقالت لها امرأة كانت ام ولد لزيد بن أرقم يا أم المومنين انى بعت من زيد عبداً الى العطاء بثمان مائة فاحتاج الي ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بست مائة فقالت عائشة بيس ماشريت وبيس ما اشتريت أبلغى زيداً انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت ارأيت ان تركت واخذت الست مائة دينار قالت نعم فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وقال الشافعى واصحابه لايثبت حديث عائشة وأيضاً فان زيدا قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعى عن ابن عمر واما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الاول فان الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة ان يشتريه نقدا باقل من ذلك الثمن وعن مالك فى ذلك روايتان والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هي ان يتذرع منها الى انظرني ازدك او الى بيع ما لايجوز متفاضلا او بيع ما لايجوز نساء او الى بيع وسلف او الى ذهب وعوض بذهب او الى ضع وتعجل او بيع الطعام قبل ان يستوفى او بيع وصرف فان هذه هى اصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وابو حنيفة وجماعة وأجازه الشافعى والثورى والاوزاعي وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه بيع الطعام بالطعام نساء ومن اجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى أجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشترى طعاما بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذى وجب له فاجاز ذلك الشافعي وقال لا فرق بين ان يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له عليه أو من المشترى نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلى بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه رد اليه الطعام الذى كان ترتب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة في ذلك ان يشترى رجل من آخر طعاما إلى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن اشترى منك الطعام الذى وجب لك على فقال هذا لايصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفى فيقول له فبع طعاما مني وارده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه اعني ان يرد عليه ذلك الطعام الذي اخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذى هو فى ذمته وأما الشافعى فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعي مايحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بالسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه إذا قال ابيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وانظرك بها حولا أو شهراً انه لا يجوز ولو قال له اسلفنى دراهم وامهلنى بها حولا أو شهراً جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت اصول الربا كما قلنا خمسة انظرنى ازدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه

فانه يظن انه من هذا الباب إذفاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته فينبغي ان نذكر هاهنا هذين الاصلين اماضع وتعجل فاجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثورى وجماعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فاجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل فى دينه المؤجل عوضاً يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلامنه في الموضعين جميعاً وذلك انه هنالك لما زاد له فى الزمان زاد له عرضه ثمناً وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه فى مقابلته ثمناً وعمدة من أجازه ماروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما امر باخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا يانبى الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث واما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك إلاما يحكى عن عثمان البتى وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعامافلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات والثانى فى الاستفادات التى يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط والثالث فى الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا ففيه ثلاثة فصول

﴿ الفصل الاول ﴾ واما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلا خلاف فى مذهب مالك فى اجازته واما الطعام الربوى فلا خلاف فى مذهبه ان القبض شرط فى بيعه واما غير الربوى من الطعام فعنه فى ذلك روايتان إحداهما المنع وهى الاشهر وبها قال أحمد وأبو ثور الا انهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط فى كل مبيع ماعدا المبيعات التى لا تنتقل ولا تحول وهي الدور والعقار وأما الشافعي فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثورى وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد وإسحاق كل شئ لا يكال ولا يوزن فلا باس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فيتحصل فى اشتراط القبض سبعة أقوال : الاول فى الطعام الربوى فقط والثانى فى الطعام باطلاق ، الثالث فى الطعام المكيل والموزون ، الرابع فى كل شئ ينقل ، الخامس فى كل شئ ، السادس في المكيل والموزون . السابع فى المكيل والموزون والمعدود * اما عمدة مالك فى منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب في الحديث المتقدم واما عمدة الشافعي فى تعميمها ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه السلام لا يحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ما ليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبنى على مذهبه من ان القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترى واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يارسول الله انى اشتري بيوعا فما يحل لي منها وما يحرم فقال يابن أخي إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن باهك ان عبد الله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن باهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة الا انه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك في الحقيقة ليس بجرحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن

طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة مايحول وينقل عنده ممالا ينقل لان ماينقل القبض عنده فيه هى التخلية واما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لايخرج من ضمان البائع الى ضمان المشتري الابالكيل أوالوزن وقدنهى عن بيع مالم يضمن

الفصل الثانى

واما ما يعتبر ذلك فيه ممالا يعتبر فان العقود تنقسم أولا الى قسمين قسم يكون بمعاوضة وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره والقسم الثاني لايختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض والقسم الثالث فهو ما يصح ان يقع على الوجهين جميعاً أعني على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه الاقسام اما ما كان بيعاً وبعوض فلاخلاف في اشتراط القبض فيه وذلك فى الشئ الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء واما ما كان خالصاً للرفق أعنى القرض فلا خلاف أيضاً ان القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى انه يجوز للرجل ان يبيع القرض قبل ان يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهي التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير ان تكون الاقالة أوالتولية بزيادة أونقصان فلا خلاف أعلمه فى المذهب ان ذلك جائز قبل القبض وبعده وقال أبو حنيفة والشافعى لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لابيع فعمدة من اشترط القبض فى جميع المعاوضات انها فى معنى البيع المنهى عنه وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للاثر والمعنى أما الاثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتي يستوفيه الاما كان من شركة أوتولية أواقالة واما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لاالمغابنة اذا لم يدخلها زيادة ولانقصان وانما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لان العوض في ذلك ليس بينا اذا لم يكن عيناً

الفصل الثالث

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافاً فان مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الاوزاعي ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه لان الذريعة موجودة فى الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لهما ماروى عن ابن عمر أنه قال كنا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافاً فبعث الينا من يامرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل ان نبيعه قال ابن عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد روته جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم فى حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشترى بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل فى هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لايملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رآمنعه من جهة انه قدلا يمكنه نقله فهو داخل فى بيوع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهي عنه ان يقول رجل لرجل أعطنى عشرة دنانير على ان ادفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لايصلح ولكن ابيع منك سلعة كذا السلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريباً مما كان

سأله

سأله ان يعطيه من الدراهم قرضاً فيرد عليه ضعفها وفى المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التى ذكرنا انها غير جائزة في المذهب أعنى اذا تقارا على الثمن الذى ياخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا في مسائل هل هى منه ام ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لايجيز ان ياخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمراً قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان اشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وانما الدين بالدين ما لم يشرع فى اخذ شئ منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وابى حنيفة ومما اجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ماقاله فى المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فياخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوماً قال ولم يرَ الناس بذلك باساً وكذلك كل ما يبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لايجوز الافيما تخشى عليه الفساد من الفواكه اذا اخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذه هي اصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم فى الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعا عن علم

﴿ الباب الثالث ﴾

وهى البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على اوجه اما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه اوتعيين العقد او من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع او بقدره او باجله ان كان هنالك اجل واما من جهة الجهل بوجوده او تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم واما من جهة الجهل بسلامته أعنى بقاءه وهاهنا بيوع تجمع اكثر هذه او بعضها ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به اكثره متفق عليه وانما يختلف في شرح اسمائها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر اولا المنطوق به فى الشرع ومايتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ماشهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه أعنى فى رد الفروع الى الاصول . فاما المنطوق به فى الشرع . فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة . ومنها نهيه عن بيع مالم يخلق وعن بيع الثمار حتى تزهى وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين فى بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية ان يلمس الرجل الثوب ولا ينشره او يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه وهذا مجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة واما بيع المنابذة فكان ان ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه فى الثوب من غير ان يعين ان هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري اي ثوب وقعت عليه الحصاة التي ارمى بها فهو لى وقيل ايضاً انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ففيه تاويلان . أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم ينتج ما فى بطنها والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هى ما في بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها وهى محرمة من تلك الاوجه التي ذكرناها واما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه السلام انه نهى عن بيعها حتى يبدوا صلاحها وحتى تزهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك ان بيع الثمار لايخلوا ان تكون قبل ان تخلق او بعد ان

تخلق ثم اذا خلقت لايخلوا ان تكون بعد الصرام اوقبله ثم اذا كان قبل الصرام فلايخلوا ان تكون قبل ان تزهي او بعد
ان تزهي وكل واحد من هذين لايخلوا ان يكون بيعاً مطلقاً او بشرط التبقية او بشرط القطع

أما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل ان تخلق

فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهى عن بيع مالم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى
عنه عليه السلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهى بيع الشجر اعواماً الاما روى عن عمر بن الخطاب
وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين وأما بيعها بعد الصرام فلاخلاف فى جوازه وأما بيعها بعد ان تخلق
فاكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الاما روى عن ابى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة
انه لايجوز الابعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلايخلوا ان تكون بعد ان تزهي اوقبل ان تزهي
وقد قلنا ان ذلك لايخلوا ان يكون بيعاً مطلقاً اوبيعاً بشرط القطع اوبشرط التبقية فامابيعها قبل الزهو بشرط القطع
فلاخلاف فى جوازه الاما روى عن الثورى وابن ابى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة وأما بيعها قبل
الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى انه لا يجوز الا ما ذكره اللخمى من جوازه تخريجاً على المذهب واما
بيعها قبل الزهو مطلقاً فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لايجوز مالك والشافعى واحمد واسحاق
والليث والثورى وغيرهم وقال ابو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع لامن جهة ماهو بيع مالم يزه
بل من جهة ان ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ماسياتي بعد اما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث
الثابت عن ابن عمر ان رسول الله صلي الله عليه وسلم نهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهي البائع والمشترى فعلم
ان مابعد الغاية بخلاف ماقبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور ان المعنى فى
هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل ان تزهي لقوله عليه السلام فى حديث انس بن مالك بعد نهيه عن بيع
الثمرة قبل الزهو ارايت ان منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه لم يحمل العلماء النهى في هذا على الاطلاق اعنى
النهى عن البيع قبل الازهاء بل رات ان معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء
بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز اوعلى التبقية الممنوعة
فمن حمل الاطلاق على التبقية اورأى ان النهى يتناوله بعمومه قال لايجوز ومن حمله علي القطع قال يجوز والمشهور
عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع واما الكوفيون فحجتهم فى بيع
الثمار مطلقاً قبل ان تزهى حديث ابن عمر الثابت ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرتها
للبائع الا ان يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز ان يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع
الثمار قبل ان تزهى على الندب واحتجوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم يتبايعون الثمار قبل ان يبدو صلاحها فاذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع اصاب الثمر الزمان اصابه مراض اصابه
قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشيرها عليهم لاتبيعوا الثمر حتي
يبدوا صلاحها وربما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث في قوله حتى يبدوا صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله
عليه السلام ارايت ان منع الله الثمرة فبم ياخذ احدكم مال اخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم
يكن يري رأى ابي حنيفة فى ان من ضرورة بيع الثمار القطع ان يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية

فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى اذابيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقاً بعدالزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه السلام ارايت ان منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ فى الاكثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدو الصلاح فلا يظهر الا قليلة ولو لم يجب فى المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم ان نفس بيع الشئ يقتضى تسليمه والالحقه الغرر ولذلك لم يجز ان تباع الاعيان الى اجل والجمهور على ان بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى اجل لكون الثمر ليس يمكن ان ييبس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور فى بيع الثمار في موضعين . أحدهما فى جواز بيعها قبل ان تزهى . والثانى فى منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء او بمطلق العقد وخلافهم فى الموضع الاول اقوى من خلافهم فى الموضع الثاني أعنى فى شرط القطع وان ازهى وانما كان خلافهم في الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك ايضاً مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير وامابدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر في الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن انس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى فقال حتي يحمر وروى عنه عليه السلام انه نهى عن بيع العنب حتي يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت فى رواية مالك عنه لايبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من ايار وهو مايه وهو قول ابن عمر ايضاً سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن أهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لاباس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا ازهي ماحوله من الحيطان اذا كان الزمان قد امنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا الا ان المشهور عنه انه لايباع حائط حتي يبدو افيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة اقوال قول انه الازهاء وهو المشهور وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط فى حين البيع ازهاء وقول الامران جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك انه اذا كان في الحائط الواحد بعينه اجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه فى ذلك الليث

﴿ وأما الانواع المتقاربة الطيب ﴾

فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك فى الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لافي كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكراً فى بعضه تبكيراً يراخي عنه البعض بل اذا كان متتابعاً لان الوقت الذى تنجو الثمرة فيه فى الغالب من العاهات هو اذا بدأ الطيب فى الثمرة ابتداء متناسقاً غير منقطع وعند مالك انه اذا بدأ الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعى لايجوز الابيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذى تومن فيه العاهة اذا كان الوقت واحداً للنوع الواحد والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهى المشتراة لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لايشترط فى كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به احد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء

عنه عليه السلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على انه لايجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل لانه بيع مالم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا فى بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وابو حنيفة واهل المدينة واهل الكوفة وقال الشافعى لايجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الغرر وقياساً على بيعه مخلوطاً بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيئان الاثر والقياس . أما الاثر فما روى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى وعن السنبل حتي تبيض وتأمن العاهة نهى البائع والمشتري وهى زيادة على مارواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لايصح عنده قياس مع وجود الحديث ، وأما بيع السنبل اذا افرك ولم يشتد فلايجوز عند مالك الاعلى القطع ، وأما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لايجوز الا اذا كان فى حزمه وأما بيعه في تبنه بعد الدرس فلايجوز بلا خلاف فيما احسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجائز عند مالك ولا اعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين اجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتي يعمله حباً للمشترى وقال غيرهم هو على المشترى ومن هذا الباب ماثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيعتين فى بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وابى هريرة قال ابو عمر وكلها من نقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموماً واختلفوا فى التفصيل أعنى فى الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التى لاينطلق عليها ، واتفقوا ايضاً على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة . أحدها امافي مثمونين بثمنين اومثمون واحد بثمنين اومثمونين بثمن واحد على احد البيعين قد لزم امافي مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين . أحدهما ان يقول له ابيعك هذه السلعة بثمن كذا على ان تبيعني هذه الدار بثمن كذا : والثاني ان يقول له ابيعك هذه السلعة بدينار اوهذه الاخرى بدينارين وأما بيع مثمون واحد بثمنين فان ذلك يتصور ايضاً على وجهين : أحدهما ان يكون احد الثمن نقداً والاخر نسيئة مثل ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقداً بعشرة اوالى اجل بعشرين . والوجه الثاني ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقداً بثمن كذا على ان اشتريه منك الى اجل كذا بثمن كذا واما مثمونان بثمن واحد فمثل ان يقول ابيعك هذه الدار بكذا على ان تبيعنى هذا الغلام بكذا فنص الشافعي على انه لايجوز لان الثمن فى كليهما يكون مجهولا لانه لو افرد المبيعين لم يتفقا فى كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه فى المبيعين فى عقد واحد وأصل الشافعى في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن اوالمثمون . وأما الوجه الثانى وهو ان يقول ابيعك هذه السلعة بدينار اوهذه الاخرى بدينارين علي أن البيع قد لزم في احدهما فلايجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحداً اومختلفاً وخالف عبدالعزيز بن ابى سلمة فى ذلك فاجازه اذا كان النقد واحداً او مختلفاً وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن ان يختار فى نفسه احد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على اصل مالك . وأما الوجه الثالث وهو ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقداً بكذا اونسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجباً فلا خلاف فى انه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازماً فى احدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعى لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل احد الثمنين فى الاخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة

امتناع

امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وابى حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر الذى نهى عنها وعلة امتناعه عندمالك سدالذريعة الموجبة للربا لامكان ان يكون الذى له الخيار قداختار اولا انفاذ العقد باحدالثمنين المؤجل اوالمعجل ثم بداله ولم يظهرذلك فيكون قدترك احد الثمنين للثمن الثانى فكانه باع احد الثمنين بالثانى فيدخله ثمن بثمن نسيئة اونسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذاكان الثمن نقداً وان كان الثمن غير نقد بل طعاماً دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا وأما اذاقال اشترى منك هذا الثوب نقداً بكذا على ان تبيعه منى الى اجل فهوعندهم لايجوز باجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ماليس عنده ويدخله ايضاً علة جهل الثمن وأما اذا قال له ابيعك احدهذين الثوبين بدينار وقدلزمه احدهما ايهما اختار وافترقا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهمامما يجوز ان يسلم احدهما فى الثاني فانه لاخلاف بين مالك والشافعي فى انه لايجوز وقال عبدالعزيز بن ابى سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر . وأما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولايجوز عند ابي حنيفة والشافعى . وأما مالك فانه اجازه لانه يجيز الخيار بعدعقد المبيع فى الاصناف المستوية لقلة الغرر عنده فى ذلك وأمامن لايجيزه فيعتبره بالغرر الذى لايجوز لانهما افترقا على بيع غيرمعلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير فى المبيعات لايجوز وأن القليل يجوز ويختلفون فى اشياء من انواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من المشترى على ان يختار فهلك احدهما اواصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشترى الا ان تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق فى ذلك بين الثياب ومايغاب عليه وبين مالا يغاب عليه كالعبيد يضمن فيمايغاب عليه ولا يضمن فيما لايغاب عليه وأما هل يلزمه اخذ الباقى قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر فى احكام البيوع وينبغى ان نعلم ان المسائل الداخلة فى هذا المعنى هي اما عند فقهاء الامصار فمن باب الغرر . وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هى المسائل التى تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فالاشبه ان يذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط

فصل

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها اشهرها ليكون كالقانون للمجتهد النظار

مسئلة المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا لا خلاف فى بيعه ومبيع غائب اومتعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لايجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا اشهر قولى الشافعى وهو المنصور عنداصحابه اعني ان بيع الغائب على الصفة لايجوز وقال مالك واكثر اهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذاكانت غيبته مما يومن ان تتغير فيه قبل القبض صفته وقال ابوحنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء انفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لاينعقد البيع اصلا فى الموضعين وقدقيل فى المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك فى المدونة وانكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا * وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشئ فيكون من الغرر الكثير ام ليس بمؤثر وانه من الغرر

اليسير المعفو عنه فالشافعي رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير واما أبو حنيفة فانه رأى انه اذا كان خيار الرؤية انه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية واما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع اولمكان المشقة التي في نشره وما يخاف ان يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع الساج في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر او ينظر الى مافي اجوافهما واحتج ابو حنيفة بما روى عن ابن المسيب انه قال قال اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا ان عثمان بن عفان وعبد الرحمان بن عوف تبايعا حتي نعلم ايهما اعظم جدا في التجارة فاشترى عبد الرحمان من عثمان بن عفان فرسا بارض له اخرى باربعين ألفا اواربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقاً ولابد عند ابي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة اوعلى خيار الرؤية من جهة ماهو غائب غرر آخر وهو هل هو موجود وقت العقد اومعدوم ولذلك اشترطوا فيه ان يكون قريب الغيبة الا ان يكون ماموناً كالعقار ومن هاهنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة اعنى اذا كان من القرب بحيث يومن ان تتغير فيه فاعلمه

﴿ مسـئلة ﴾ واجمعوا على انه لايجوز بيع الاعيان الى اجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع باثر عقد الصفقة الا ان مالكا وربيعة وطائفة من اهل المدينة اجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه ان يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب اعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم انه لايجوز ان ياخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمراً قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين مالم يشرع في قبض شيء منه أعني أنه كان يري أن قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وابي حنيفة

﴿ مسـئلة ﴾ أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وان لم تطب جملته معا واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لاتخلوا أن تتصل اولا تتصل وان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلا يخلوا أن تتميز البطون أولا تتميز فمثال المتميز جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثي والباذنجان والقرع ففي الذي تميز عنه وينفصل روايتان احداهما الجواز والاخري المنع وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعي في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لايتميز انه لايمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ماخلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ماطاب لان الغرر في الصفة شبيهة بالغرر في عين الشيء وكانه رأى ان الرخصة هاهنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعني ماطاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الغرر مايجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا اكثر من واحد لانه لاضرورة هنالك اذا كان متميزاً وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لايتميز وهو ضعيف واما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للاكل ولم يجزه الشافعي الا

مقلوعا لانه من باب بيع المغيب. ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره أجازه مالك ومنعه الشافعي *والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع ام ليس من المؤثر وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وأن غير المؤثر هو اليسير او الذي تدعوا اليه الضرورة أو ما جمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه ايضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي اصوله ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط ان يكون معلوم الاباق ويتواضعان الثمن أعني انه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا اصل من اصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال بجواز بيع الابق والبعير الشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الابق وعن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن شراء ما في ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً معدودة اذا كان ما يحلب منها معروفا في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك الا أن يكون ميئوسا منه ومنعه الشافعي وابو حنيفة وهي رواية اخري عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فاجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه او بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ومنع الشافعي البيع في الامرين جميعاً وأجازه قوم في الامرين جميعاً وبه قال الحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها اكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية واما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شئ من المكيل او الموزون أو المعدود او الممسوح الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري واتفقوا على ان العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم او الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وأن العلم بمقادير هذه الاشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في أشياء ويمتنع في اشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا وهي الممسوحات كالارضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد اعيانها وعند مالك ان التبر والفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال ابو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك ان تباع الصبرة المجهولة على الكيل أي كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الاكيال وقع من تلك القيمة بعدد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا في كيل واحد وهو الذي سماه ويجوز هذا البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه ابو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز عند مالك ان يصدق المشتري البائع في كيله اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشتري لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان واجازه قوم على الاطلاق وممن منعه ابو حنيفة والشافعي واحمد وممن اجازه باطلاق عطاء بن ابي رباح وابن مليكة ولا يجوز عند مالك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل

ولا يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة والمزابنة المنهى عنها هي عند مالك من هذا الباب وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك اما فى الربويات فلموضع التفاضل واما فى غير الربويات فلعدم تحقيق القدر

الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع الى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها النص وجب ان يكون قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث أحدها حديث جابر قال ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث فى الصحيح والحديث الثانى حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضاً فى الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ماروى عن أبى حنيفة انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث فى بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز وممن قال بهذا القول ابن أبي شبرمة وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد واما مع شرطين فلا فمن ابطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذى ذكر فيه البيع والشرط ومن اجاز البيع وابطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين واجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاصى خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان فى بيع ولاربح مالم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك واما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة اقسام شروط تبطل هى والبيع معاً وشروط تجوز هى والبيع معاً وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعاً وهو ان من الشروط ما ان تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة فى مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هى راجعة الي كثرة مايتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك اوالى ما تعمد نقصا فى الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيراً من قبل الشرط ابطله وابطل الشرط وما كان قليلا اجازه واجاز الشرط فيها وما كان متوسطاً ابطل الشرط واجاز البيع ويرى اصحابه ان مذهبه هو اولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الاحاديث كلها والجمع عندهم احسن من الترجيح وللمتأخرين من اصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة واحد من له ذلك جدى والمازرى والباجي وتفصيله في ذلك ان قال ان الشرط فى المبيع يقع على ضربين اولين احدهما ان يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة او العبد ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة والقسم الثاني ان يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام اما ان يشترط في المبيع منفعة لنفسه واما ان يشترط على المشترى منعاً من تصرف عام او خاص واما ان يشترط ايقاع معنى فى المبيع وهذا ايضاً ينقسم الى قسمين احدهما ان يكون معنى من معانى البر والثانى ان يكون معنى ليس فيه من البر شئ فاما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف فى اصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل

السنة فذلك جائز على حديث جابر واما ان يشترط منعاً من تصرف خاص اوعام فذلك لايجوز لانه من الثنيا مثل
ان يبيع الامة على ان لا يطأها اولا يبيعها واما ان يشترط معنى من معاني البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جاز
عنده وان تاخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول مالك فى اجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على ان من
قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان فى بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى
المدينة وفي بعضها انه اعاره ظهره الى المدينة ومالك رآ هذا من باب الغرر اليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يجزه في
الكثيرة وأما أبو حنيفة فعلى أصله فى منع ذلك واما ان اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل الا يبيعها فذلك لا
يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط واما من قال له البائع متي جئتك بالثمن رددت على
المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون متردداً بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعاً
واختلف فى المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رآ ان الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رآ
انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضاً فيمن باع شيئاً بشرط الا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك
يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا
يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف فى المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب
ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز فى الامد القصير ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه
وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فمنعه أبو حنيفة
والشافعي وسائر العلماء واجازه مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة
الجمهور ان النهي يتضمن فساد المنهى عنه مع ان الثمن يكون فى المبيع مجهولا لاقتران السلف به وقد روى ان محمدا
بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحاق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع
وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال انا ادع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء
باجماع فاجاب اسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير فى
تركه اوعدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشئ الذى طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال
له لم كان هنا مخيراً ولم يكن هنالك مخيراً فى ان يترك الزق ويصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم هاهنا لم يكن لشئ محرم بعينه
وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران اعنى اقتران البيع به وكذلك البيع فى نفسه جائز
وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من اجل اقتران شئ محرم لعينه به لا انه شئ محرم من
من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط ام لا يرتفع
كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من اجل اقتران المحرم العين به وهذا ايضاً ينبنى على اصل آخر هو هل هذا
الفساد حكمي اومعقول فان قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا
والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد فى بيوع الربا والغرر هو اكثر ذلك حكمي ولذلك ليس ينعقد
عندهم اصلا وان ترك الربا بعد البيع او ارتفع الغرر واختلفوا فى حكمه اذا وقع على ما سياتى فى احكام البيوع
الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكي عن قوم من التابعين انهم اجازوه
منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشترى الرجل شيئاً فيدفع الى المبتاع من ثمن

ذلك المبيع شيئاً على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشترى ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وإنما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وا كل المال بغير عوض وكان زيد يقول اجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى عليه وسلم وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا ام ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملا ويستثنى ما في بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى على انه لا يجوز وقال احمد وابو ثور وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه ام ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لايجوز وهو من الثنيا المنهي عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع اجاز ذلك وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لايخلوا ان يكون شائعاً او معيناً اومقدراً فان كان شائعاً فلا خلاف فى جوازه مثل ان يبيع عبداً الا ربعه واما ان كان معيناً فلا يخلوا ان يكون مغيباً مثل الجنين او يكون غير مغيب فان كان مغيباً فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلايخلوا الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه او لا يكون فان كان مما لايستباح ذبحه فانه لايجوز لانه لايجوز ان يبيع احد غلاماً ويستثنى رجله لان حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح فنى المذهب فيه قولان احدهما انه لا يجوز وهو المشهور والثانى يجوز وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والراس وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لايدرى باى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضوا معيناً معلوماً فلم يضره ماعليه من الجلد اصله شراء الحب فى سنبله والجوز فى قشره واما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح اما عرفاً واما ملفوظاً به جزءاً مقدراً مثل ارطال من جزور فعن مالك فى ذلك روايتان احداها المنع وهى رواية ابن وهب والثالثة الاجازة فى الارطال اليسيرة فقط وهى رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياساً على جواز شرائها : واتفقوا على انه لايجوز ان يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الا بتعيين المشترى لها بعد البيع لانه بيع مالم يره المتبايعان واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات واجازه فى استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشترى فاجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال ابو عمر بن عبد البر فمنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم والف الكتب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع لانه استثناء مكيل من جزاف . وأما مالك وسلفه من اهل المدينة فانهم اجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثنيا على مافوق الثلث وشبهوا بيع ماعدا المستثنى ببيع الصبرة التى لايعلم مبلغ كيلها فتباع جزافاً ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل ايضاً مختلف فيه أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب فى بيع

واجارة

واجارة معاً فى عقد واحد فاجازه مالك واصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي لان الثمن يرون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين فى بيعة وأجمعوا على أنه لايجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة فمرة اجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقل والاكثر فى وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع فى مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد تتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل فى أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء فى أمثال هذه المسائل الى التخيير

﴿الباب الخامس فى البيوع المنهى عنها من اجل الضرر أو الغش﴾

والمسموع من هذا الباب ماثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن ان يبيع الرجل على بيع اخيه وعن ان يسوم أحد على سوم اخيه ونهيه عن تلقي الركبان ونهيه عن ان يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء فى تفصيل معانى هذه الاثار اختلافاً ليس بمتباعد فقال مالك معني قوله عليه السلام لايبع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن ان يسوم احد على سوم اخيه واحد وهى فى الحالة التى اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شئ يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب او البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثورى معني لايبع بعضكم على بيع بعض ألا يطرأ رجل آخر على المتبائعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فاتى أحد يعرض عليه سلعة له هى خير منها وهذا منه بناء على مذهبه فى أن البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهي انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ماهى لاختلافها فيما به يكون اللزوم فى البيع على ماسنذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود واصحابه ان وقع فسخ فى أى حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه مالم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك فى البيع فقال وانما قال بذلك مالك فى النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا فى دخول الذمى فى النهى عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لافرق فى ذلك بين الذمى وغيره وقال الاوزاعي لاباس بالسوم على سوم الذمى لانه ليس باخي المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم لايسم أحد على سوم اخيه ومن هاهنا منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه * وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة او على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو فى حالة دون حالة

﴿فصل﴾ واما نهيه عن تلقي الركبان للبيع فاختلفوا فى مفهوم النهى ماهو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون اهل الاسواق ورأى انه لايجوز ان يشتري احد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريباً فان كان بعيدا فلاباس به وحد القرب فى المذهب بنحو من ستة اميال ورأي انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشترى اهل الاسواق في تلك السلعة التي من شأنها ان يكون ذلك سوقها واما الشافعى فقال ان المقصود بالنهى انما هو لاجل البائع لئلا يغبنه المتلقى لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع فرب السلعة بالخيار ان شاء انفذ البيع اورده ومذهب الشافعى هو نص في حديث ابى هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عليه السلام لاتلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا اتى السوق خرجه مسلم وغيره

فصل وامانهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء فى معنى ذلك فقال قوم لايبيع اهل الحضر لاهل البادية قولا واحدا واختلف عنه فى شراء الحضرى للبدوى فمرة اجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه واهل الحضر عنده هم الامصار وقدقيل عنه انه لايجوز ان يبيع اهل القرى لاهل العمود المنتقلين ومثل قول مالك قال الشافعى والاوزاعي وقال ابو حنيفة واصحابه لاباس ان يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر وكرهه مالك اعنى ان يخبر الحضرى البادى بالسعر واجازه الاوزاعي والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو ارفاق اهل الحضر لان الاشياء عند اهل البادية ايسر من اهل الحاضرة وهي عندهم أرخص بل اكثر مايكون مجانا عندهم اي بغير ثمن فكانهم راوا انه يكره ان ينصح الحضرى للبدوى وهذا مناقض لقوله عليه السلام الدين النصيحة وبهذا تمسك فى جوازه ابو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وابوداود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبوداود فيما احسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدوى لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء فى الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعى اذا وقع فقدتم وجاز البيع لقوله عليه السلام دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف فى هذا المعنى اصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لايفسخ **فصل** واما نهيه عليه السلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وأن النجش هو ان يزيد أحد في سلعة وليس فى نفسه شراؤها يريد بذلك ان ينفع البائع ويضر المشترى واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال اهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشترى بالخيار ان شاء ان يرد وان شاء ان يمسك أمسك وقال أبو حنيفة والشافعى ان وقع أثم وجاز البيع * وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي وان كان النهى ليس فى نفس الشئ بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن اجازه والجمهور على أن النهي اذا ورد لمعنى فى المنهى عنه انه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الامر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل فى هذا الباب نهيه عليه السلام عن بيع الماء لقوله عليه السلام فى بعض الفاظه انه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلا وقال أبو بكر ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلا وقال لايمنع رهو بير ولابيع ماء واختلف العلماء فى تاويل هذا النهي فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لايحل بيع الماء بحال كان من بير اوغدير اوعين فى ارض مملكة اوغير مملكة غير انه ان كان متملكا كان احق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى ابن يحيى قال اربع لااوى ان يمنعن الماء والنار والحطب والكلا وبعضهم خصص هذه الاحاديث لمعارضة الاصول لها وهو انه لايحل مال احد الا بطيب نفس منه كما قال عليه السلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البير يكون بين الشريكين يسقى هذا يوماً وهذا يوماً فيروى زرع احدهما فى بعض يومه ولا يروى في اليوم الذى لشريكه زرعه فيجب عليه الايمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تاويل ذلك في الذى يزرع على مائه فتنهار بيره ولجاره فضل ماء انه ليس لجاره ان يمنعه فضل مائه الى ان يصلح بيره والتاويلان قريبان ووجه التاويلين انهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقاً ثم نهي عن منع فضل الماء فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع فى الحديثين واما مالك فاصل مذهبه ان الماء متى كان في ارض

متملكة منبعه فهولصاحب الارض له بيعه ومنعه الا ان يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ فى الارضين الغير متملكة فرآ ان صاحبها أعنى الذى حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه رآ ان البير لا تتملك بالاحياء ومن هذا البـاب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الام وولدها لثبوت قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك في موضعين فى وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يفسخ واثم البائع والمشترى * وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى اذا كان لعلة من خارج واما الوقت الذى ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثغار وقال الشافعي حد ذلك سبع سنين أو ثمـان وقال الاوزاعي حده فوق عشرة سنين وذلك انه اذا نفع نفسه واستغني فى حياته عن امه ويلحق بهذا البـاب اذا وقع في البيـع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب الا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه السلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقي خارج المصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له انه يغبن في البيوع ورآ قوم من السلف الاول ان حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك فى الاخوة

﴿البـــــــاب السادس فى النهى من قبل وقت العبادات﴾

وذلك انمـا ورد في الشرع فى وقت وجوب المشى الى الجمعة فقط لقوله تعالى إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع وهذا أمر مجمـع عليه فيما احسب أعنى منع البيع عند الاذان الذى يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا فى حكمه إذا وقع هل يفسخ أولا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى بالبيـع أم لا يلحق فالمشهور عن مالك انه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعى وأبى حنيفة * وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل النهى الوارد لسبب من خارج يقتضى فساد المنهى عنه أو لا يقتضيه واما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه وأما أهل الظاهر فتقتضى اصولهم ان يفسخ على كل بائع واما سائر العقود فيحتمل ان تلحق بالبيوع لان فيها المعنى الذى فى البيع من الشغل به عن السعى الى الجمعـة ويحتمل الا يلحق به لانها تقع فى هذا الوقت نادراً بخلاف البيوع وأما سائر الصلوات فيمكن ان تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت فاذا فات فعلى جهة الحظر وان كان لم يقل به أحد فى مبلغ علمى ولذلك مدح الله تاركى البيوع لمكان الصلاة فقال تعالي رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة واذ قد اثبتت اسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثـانى من النظر العام في البيوع

﴿القسم الثـــــــاني﴾

والاسباب والشروط المصححة للبيع هى بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة فى ثلاثة اجناس النظر . الاول في العقد . والثـاني فى المعقود عليه . والثـالث فى العاقدين ففى هذا القسم ثلاثة أبواب

﴿البـــــــاب الاول فى العقد﴾

والعقد لا يصح الا بالفاظ البيع والشراء التى صيغتها ماضية مثل ان يقول البائع قد بعت منك ويقول المشترى قد اشتريت منك واذا قال له بعنى سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتهـا فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الا ان ياتي في ذلك بعذر وعند الشافعي انه لا يتم البيع حتى يقول المشترى قد اشتريت وكذلك اذا قال المشترى للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشترى بكذا وكذا فقال قد

اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعي انه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا اذكر لمالك في ذلك قولا ولا يكفى عند الشافعى المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما احسب ان الايجاب والقبول المؤثرين فى اللزوم لايتراخي أحدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس أعنى انه متى قال البائع قد بعت سلعتى بكذا وكذا فسكت المشترى ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت انه لايلزم ذلك البائع واختلفوا متي يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن ابى ذيب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى وشريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروي عن ابن عمر وابي برزة الاسلامى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد واصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم فى رد العمل بهذا الحديث فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله فى رد العمل به انه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده مارواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال ايما بيعين تبايعاً فالقول قول البائع أو يترادان فكانه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضى ان يكون فى المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف فى المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لايعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى ان يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً فيما احسب فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث واما أصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن اظهر الظواهر فى ذلك قوله عز وجل ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع فى البيع بعدما انعم مالم يفترقا واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر اصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب سحنون عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تاويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتاويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الاصوليين قالوا ولنا فيه تاويلان أحدهما ان المتبايعين فى الحديث المذكورهما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لافائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول واما التاويل الاخر فقالوا ان التفرق هاهنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هى التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ فيغلب الاقوى والحكمة

فى ذلك

فى ذلك هى لموضع الندم فهذه هى اصول الركن الاول الذى هو العقد

﴿ واما الركن الثانى ﴾ الذى هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه واسباب الاختلاف فى ذلك فلا معنى لتكراره والغرر ينتفى عن الشئ بان يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدوراً على تسليمه وذلك فى الطرفين الثمن والمثمون معلوم الاجل أيضاً ان كان بيعاً مؤجلا

﴿ وأما الركن الثالث ﴾ وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة بالغين وان يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما اما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد ماذونا له فى التجارة واختلفوا من هذا فى بيع الفضول هل ينعقد أم لا وصورته ان يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال امضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشترى صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعاً واجازه مالك فى الوجهين جميعاً وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز فى البيع ولا يجوز في الشراء وعمدة المالكية ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى ديناراً وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعت احدي الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يارسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يامره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على ابى حنيفة فى صحة الشراء للغير وعلى الشافعى فى الامرين جميعاً وعمدة الشافعى النهى الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهى انما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ماليس عنده * وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على سببه او يعم فهذه هي اصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطو بالقوة فى الجزء الاول ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضى ان يفرد بالتكلم فيه واذ قد تكلمنا فى هذا الجزء بحسب غرضنا فلننصرف الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة فى البيوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة ﴾ وهذا القسم تحصر اصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع فى اربع جمل : الجملة الاولى في احكام وجود العيب فى المبيعات . والجملة الثانية في الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الي ملك المشترى . والثالثة فى معرفة الاشياء التى تتبع المبيع مما هى موجودة فيه في حين البيع التى لا تتبعه . والرابعة فى اختلاف المتبايعين وان كان الاليق به كتاب الاقضية وكذلك ايضاً من ابواب احكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي ايضاً من الاحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب

﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها بابان . الباب الاول فى احكام وجود العيوب فى البيع المطلق . والباب الثاني فى احكامها في البيع بشرط البراءة

﴿ الباب الاول في احكام العيوب فى البيع المطلق ﴾ والاصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلو ان يقوم فى عقد يوجب الرد او يقوم فى عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام فى عقد يوجب الرد فلا يخلو ايضاً ان يقوم بعيب يوجب حكماً او لا

يوجبه ثم ان قام بعيب يوجب حكماً فلا يخلوا المبيع ايضاً ان يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع اولا يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم اصناف التغييرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة : الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها . الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها . الثالث في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير . الرابع في معرفة اصناف التغييرات الحادثة عند المشتري وحكمها . الخامس في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان اليق بكتاب الاقضية

الفصل الاول من الباب الاول

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف ايضاً في انه لا تاثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعنى ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالاظهر في المذهب انه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسداً

الفصل الثاني

وفي هذا الفصل نظران . أحدهما في العيوب التي توجب الحكم . والنظر الثاني في الشرط الموجب له

النظر الاول

فاما العيوب التي توجب الحكم . فمنها عيوب في النفس . ومنها عيوب في البدن وهذه منها ما هي عيوب بان تشترط اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوبا من قبل الشرط ، ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي فقدها نقص في أصل الخلقة ، وأما العيوب الاخر فهي التي اضدادها كمالات وليس فقدها نقصاً مثل الصنائع واكثر ما يوجد هذا الصنف في احوال النفس وقد يوجد في احوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ما هي في اجسام ذوات الانفس ومنها ما هي في غير ذوات الانفس والعيوب التي لها تاثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية اوعن الخلق الشرعي نقصانا له تاثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع كالخفاض في الاماء والختان في العبيد ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عمن تقدمه اوفيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذى هو العفة والزوج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس اوفعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج بعيب فيما احسب والحمل في الرائعة عيب عند مالك وفي كونه عيباً في الوخش خلاف في المذهب والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدى اياماً حتي يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لاتصروا الابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء امسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فاثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً قالوا وايضاً فانه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب وقال ابو حنيفة واصحابه ليست التصرية عيباً للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب الا يوجب عملا لمفارقته

الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه . فمنها انه معارض لقوله عليه السلام الخراج بالضمان وهو اصل متفق عليه . ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لايجوز باتفاق . ومنها أن الاصل فى المتلفات اما القيم واما المثل واعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا : ومنها بيع الطعام المجهول أى الجزاف بالمكيل المعلوم لان اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضاً فانه يقل ويكثر والعوض هاهنا محدود ولكن الواجب ان يستثنى هذا من هذه الاصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كانه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا . فنقول انه لاخلاف عندهم فى العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في اى عضو كان اوكان فى جملة البدن والشيب في المذهب عيب فى الرائعة وقيل لاباس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب فى الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب وامراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فاصل المذهب ان كل ما أثر في القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول فى الفراش عيب وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتانيث فى الذكر والتذكير فى الانثي عيب هذا كله فى المذهب الا ما ذكرنا فيه الاختلاف

النظر الثانى

واما شرط العيب الموجب للحكم به فهو ان يكون حادثا قبل امد التبايع باتفاق اوفى العهدة عند من يقول بها فيجب هاهنا ان نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة . فنقول انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه فى ذلك اهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى وعهدة السنة وهى من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث فى السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وماحدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة ايام الخيار وايام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى الا من الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك في الرقيق وهى ايضاً واقعة فى اصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعاً لا فى الذمة هذا ما لاخلاف فيه فى المذهب واختلف فى غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الاشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة اطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء اولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضاً عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير ان يحمل اهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لايلزم اهل هذه البلاد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب ان يحمل عليها اهل كل بلد ام لا فيه قولان فى المذهب ولا يلزم النقد فى عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم فى عهدة السنة والعلة فى ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع. قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة فى مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلنرجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين اما عمدة مالك رحمه الله فى العهدة وحجته التى عول عليها فهى عمل اهل المدينة واما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة ايام وروى ايضاً لاعهدة بعد اربع وروى

هذا الحديث أيضاً الحسن عن سمرة ابن جندب الفزاري رضي الله عنه وكلا الحديثين عند اهل العلم معلول فانهم اختلفوا
في سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذي قد صححه وأما فقهاء الامصار فلم يصح عندهم في العهدة اثر ورأوا انها لو
صحت مخالفة للاصول وذلك ان المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل
هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في احد الروايتين عنه ان يقضى بها في كل بلد الا ان يكون
ذلك عرفاً في البلد او يشترط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يات في ذلك اثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن
شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ماعلمت فيها امراً سالفاً واذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً
من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثاً قبل البيع اوفي العهدة عند من يرى العهدة
فلنصر الى مابقي

﴿الفصل الثالث﴾

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع
بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلوا ان يكون في عقار اوعروض اوفي حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان
المشتري مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك ولا شيء له وأما ان كان في عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب
اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيراً لم يجب الرد ووجبت قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيراً وجب الرد هذا
هو الموجود المشهور في كتب اصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل واما العروض فالمشهور في المذهب انها ليست
في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه ابو بكر ابن رزق شيخ جدي
رحمة الله عليهما وكان يقول انه لافرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب
الكثير والقليل في الاصول اعني ان يفرق في ذلك أيضاً في العروض والاصل ان كل ماحط القيمة أنه يجب به الرد وهو
الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم
في الحيوان أنه لافرق فيه بين العيب القليل والكثير

﴿فصل﴾

واذ قد قلنا ان المشتري
يخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك ولا شيء له فان اتفقا على ان يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب
فعامة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن جريج من اصحاب الشافعي فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن
له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضي عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشتري فله ان يستوفيه أعني أن
يرد ويرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وماذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه
وهذا لاخلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض احدهما هل اذا اشترى المشتري انواعا من
المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيباً فهل يرجع بالجميع او بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس له ان يرد الجميع
او يمسك وبه قال ابو ثور والاوزاعي الا ان يكون قد سمي مالكل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما لاخلاف
فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وممن قال
بهذا القول سفيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان معاً وفرق مالك فقال ينظر في المعيب فان كان ذلك وجه
الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق ابو حنيفة تفريقاً آخر وقال ان وجد
العيب قبل القبض رد الجميع وان وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففي هذه اربعة اقوال فحجة من منع
التبعيض في الرد ان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها
ويمكن انه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي اقيم بها واما حجة من راى الرد في البعض المعيب ولابد فلانه

موضع ضرورة فاقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياساً على ان مافات في البيع فليس فيه الا القيمة واما تفريق مالك بين ماهو وجه الصفقة اوغير وجهها فاستحسان منه لانه راى ان ذلك المعيب اذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في الا يوافق الثمن الذى اقيم به اراده المشترى او البائع واما عند ما يكون مقصوداً او جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تاثير العيب في قيمة الجميع اوفي قيمة المعيب خاصة واما تفريق ابي حنيفة بين ان يقبض اولا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب ﴿واما المسئلة الثانية﴾ فانهم اختلفوا ايضاً في رجلين يبتاعان شيئاً واحداً في صفقة واحدة فيجدان به عيباً فيريد احدهما الرجوع ويابي الاخر فقال الشافعي لمن اراد الرد ان يرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فمن اوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا اراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب

﴿الفصل الرابع﴾

واما ان تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير فاما ان تغير بموت او فساد او عتق ففقهاء الامصار على انه فوت ويرجع المشترى على البائع بقيمة العيب وقال عطاء بن ابي رباح لا يرجع في الموت والفلس بشئ وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة واما تغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال ابو حنيفة والشافعي اذا باعه لم يرجع بشئ وكذلك قال الليث وأما مالك فله في البيع تفصيل وذلك أنه لايخلوا أن يبيعه من بائعه منه اومن غير بائعه ولايخلوا ايضاً ان يبيعه بمثل الثمن اواقل اواكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلارجوع له بالعيب وان باعه منه باقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه باكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلساً أى عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثاني بشئ وان لم يكن مدلساً رجع الاول على الثانى في الثمن والثانى على الاول أيضاً وينفسخ البيعان ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لارجوع له بقيمة العيب مثل قول أبي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالاقل من قيمة العيب اوبقيمة الثمن هذا اذا باعه باقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن او اكثر وبه قال عثمان البتى ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد اخذ عوضاً فيه من غير ان يعتبر تاثير العيب في ذلك العوض الذى هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشترى منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلاخلاف ووجه القول الثانى تشبيهه البيع بالعتق ووجه قول اشهب وعثمان انه لوكان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك او الرد للجميع فاذا باعه فقد اخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون اكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب او تصدق رجع بقيمة العيب وقال ابو حنيفة لا يرجع لان هبته اوصدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طالباً للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب اولي وأحرى بذلك واما مالك فقاس الهبة على العتق وقد كان القياس الا يرجع في شئ من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على انه اذا كان في يديه فليس يجب له الا الرد او الامساك دليل على انه ليس للعيب تاثير في اسقاط شئ من الثمن وانما له تاثير في فسخ البيع فقط واما العقود التى يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف في ذلك اصحاب مالك فقال ابن القاسم لايمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيداً

كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم اولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى انها فوت فهذه هى الاحوال التى تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها واحكامها

﴿ باب فى طروء النقصان ﴾ وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلوا ان يكون النقص فى قيمته او فى البدن او فى النفس فاما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر فى الرد بالعيب باجماع : وأما النقصان الحادث فى البدن فان كان يسيراً غير مؤثر فى القيمة فلا تأثير له فى الرد بالعيب وحكمه حكم الذى لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره ، وأما النقص الحادث فى البدن المؤثر فى القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة اقوال . أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا ابى البائع من الرد وبه قال الشافعى فى قوله الجديد وابو حنيفة وقال الثورى ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذى حدث عنده وهو قول الشافعى الاول والقول الثالث قول مالك ان المشترى بالخيار بين ان يمسك ويرد ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب او يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذى حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشترى فقال البائع للمشترى انا اقبض المبيع وتعطى انت قيمة العيب الذى حدث عندك وقال المشترى بل انا امسك المبيع وتعطى انت قيمة العيب الذى حدث عندك فالقول قول المشترى والخيار له وقد قيل فى المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشترى الا ان يمسك او يرد وما نقص عنده وشذ ابو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شئ عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشترى الا ان يرد ويرد قيمة العيب او يمسك فلانه قد اجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشترى عيب مع اعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ وانما له قيمة العيب الذى كان عند البائع فقياساً على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار لان البائع لا يخلوا من احد امرين اما ان يكون مفرطاً فى ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى او يكون علمه فدلس به على المشترى وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت انه دلس فيه وأما حجة ابى محمد فلانه امر حدث من عند الله كالو حدث فى ملك البائع فان الرد بالعيب دال على ان البيع لم ينعقد فى نفسه وانما انعقد فى الظاهر وايضاً فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير فى نقصه الا ان يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بامر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة فى البدن وأما العيوب التى فى النفس كالاباق والسرقة فقد قيل فى المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشترى انه اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له فى الرد الا ان لا يؤمن عاقبته . واختلفوا من هذا الباب فى المشترى يطأ الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكراً او ثيباً وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى يرد قيمة الوطء فى البكر ولا يردها فى الثيب وقال قوم بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن ابى شبرمة وابن ابى ليلى وقال سفيان الثورى ان كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكراً رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه فى وطء الثيب شئ لانه غلة وجبت له بالضمان وأما البكر فهو عيب يثبت عنده المشترى الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعى وقال عثمان البتى الوطء معتبر فى العرف فى ذلك

النوع من الرقيق فان كان له أثر في القيمة رد البائع ما نقص وان لم يكن له اثر لم يلزمه شئ فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات . وأما الزيادة الحادثة في المبيع أعني المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في الرد وانها للمشترى لعموم قوله عليه السلام الخراج بالضمان وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشترى الا الرد للزائد مع الاصل او الامساك وقال ابو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب ارش العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتاً يقتضى ارش العيب الا ما نصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب اما في الامساك والرجوع بقيمة العيب واما في الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل السمن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشترى وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذى هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغيير

﴿الفصل الخامس﴾ وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشترى على حالة من هذه الاحوال المذكورة ها هنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان انكر البائع دعوى القائم فلا يخلو ان ينكر وجود العيب او ينكر حدوثه عنده فان انكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى في ادراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه اهل صناعة ما شهد به اهل تلك الصناعة فقيل في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً في القيمة وفي كونه ايضاً قبل امد التبايع او بعده فان لم يكن للمشترى بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الشئ سليما ويقوم معيباً ويرد المشترى ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى فيرد البائع من الثمن ويسقطه عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان ابى المشترى الرد واجب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمبيعة عنده

﴿الباب الثاني في بيع البراءة﴾ اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط المشترى على البائع التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع اولم يعلمه سماه اولم يسمه ابصره اولم يبصره وبه قال ابو ثور وقال الشافعي في اشهر قوليه وهو المنصور عند اصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشترى وبه قال الثورى وأما مالك فالاشهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل في الجوارى الرائعات فانه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز في الوخش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقد روى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل في بيع السلطان وبيع المواريث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع فاذا اسقطه سقط اصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في

الموطا أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم
تسمه فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعنى عبداً وبه داء لم يسمه لى وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على
عبد الله ان يحلف لقد باع العبد ومابه داء يعلمه فابي عبد الله ان يحلف وارتجع العبد وروى أيضاً أن زيد بن ثابت
كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم فى الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق
ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف اختلافاً كثيراً كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به
الايجوز اصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة فى الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر
قوله كان انكار بيع البراءة الافيما خفف فيه السلطان وفى قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من اصحاب مالك الى أن
البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لاتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط
أعنى اذا اشترطها الابيع السلطان والمواريث عند مالك فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازه وفى شرط
جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولمن يجوز بالشرط اومطلقاً وهذه كلها قد تقدمت بالقوة فى قولنا
فاعلمه

الجملة الثانية فى وقت ضمان المبيعات

واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه المشترى المبيع اني تكون خسارته ان هلك منه فقال ابو حنيفة والشافعى
لا يضمن المشترى الا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب
ثلاثة اقسام بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل وعدد وبيع ليس فيه حق توفية
وهو الجزاف او ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد فاما ماكان فيه حق توفية فلا يضمن المشترى الا بعد القبض
وأماما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلاخلاف فى المذهب ان ضمانه من المشترى وان لم يقبضه واما المبيع الغائب
فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الاان يشترطه على المبتاع والثانية انه من المبتاع الا
ان يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ماليس هو بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والماكولات وبين
ماهو مامون البقاء والخلاف فى هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد
والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط صحة العقد أو لزومها وكيف ماشئت ان تعبر عن هذا المعنى كان
الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال
بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق
توفية استحسان ومعنى الاستحسان فى أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب أهل الظاهر الى ان
بالعقد يدخل فى ضمان المشترو فيما أحسب وعمدة من رأ ذلك اتفاقهم على ان الخراج قبل القبض للمشترى وقد
قال عليه السلام الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه
الى مكة قال له انههم عن بيع مالم يقبضوا وربح مالم يضمنوا وقد تكلمنا فى شرط القبض فى المبيع فيما سلف ولا خلاف
بين المسلمين انه من ضمان المشترى بعد القبض الا فى العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغي ان نذكر هاهنا الجوائح

القول فى الجوائح

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار فقال بالقضاء
بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثورى والشافعى في قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمراً فاصابته جائحة فلاياخذ من أخيه شيئاً على ماذا ياخذ أحدكم مال

اخيه

أخيه خرجه مسلم عن جابر وما روى عنه انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من اجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه ايضاً وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه الى ان يكمل فوجب ان يكون ضمانه منه اصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب ان يكون فى ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية فى هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع ايضاً حديث ابى سعيد الخدرى قال اجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الاذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة * فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتاويل فقال من منع الجائحة يشبه ان يكون الامر بها انما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح امروا الا يبيعوا الثمر الا بعد ان يبدو صلاحه وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من اجازها فى حديث أبى سعيد يمكن ان يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة أو ان يكون المقدار الذى اصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة أو ان يكون اصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل ان يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب واما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم فى القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على اثباتها والكلام فى اصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول . الاول فى معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح ، والثانى فى محل الجوائح من المبيعات الثالث فى مقدار مايوضع منه فيه الرابع فى الوقت الذى توضع فيه

﴿الفصل الاول﴾

واما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف فى المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة واما ما أصاب من صنع الادميين فبعض رآه من أصحاب مالك جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رآ منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الادميين جائحة باى وجه كان فمن جعلها فى الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه السلام أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها فى أفعال الادميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن ان يتحفظ منه

﴿الفصل الثانى﴾

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها فى المذاهب وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالاصل الذى هو الثمر

﴿الفصل الثالث﴾

وأما المقدار التى تجب فيه الجائحة اما فى الثمار فالثلث واما فى البقول فقيل فى القليل والكثير وقيل فى الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشهب يعتبر الثلث فى القيمة فاذا ذهب من الثمر عند اشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثاً فى الكيل أو لم يكن واما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فان كان نوعا واحداً ليس تختلف قيمة

بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم أوكان بطونا مختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففى موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة فى اجزاء الثمرة وبطونها وفي موضع يعتبر الامرين جميعاً حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون في مصيرهم الى التقدير فى وضع الجوائح فان كان الحديث الوارد فيها مطلقاً بان القليل فى هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمر فكان المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضاً فان الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب فى هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله اياه هاهنا ومرة يجعله فى حيز القليل ولم يضطرب فى انه الفرق بين القليل والكثير والمقدورات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعى لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه السلام الثلث والثلث كثير

﴿الفصل الرابع﴾ واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذي يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلفوا اذا ابقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النظارة وشيئاً شيئاً فقيل فيه الجائحة تشبيهاً بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقاً بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى ان من رأ ان النظارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحداً قال ليس فيه جائحة ومن هاهنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول

﴿الجملة الثالثة من جمل النظر فى الاحكام﴾

وهو فى تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يوبر فان الثمر للمشترى واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا ان يشترطه والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد ابرت فثمرها للبائع الا ان يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشترى قبل الابار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هى للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل المفهوم هاهنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهى احرى ان تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكما ان من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا أن يشترطه المبتاع كذلك الامر فى الثمر وقال ابن أبى ليلى سواء أبر اولم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أولم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رآ ان الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث واما ابو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل فيه * فاذا سبب الخلاف فى هذه المسئلة بين ابى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى والاولى وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه هاهنا ضعيف وان كان فى الاصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل

طلع

طلع ذكور النخل فى طلع اناثها وفى سائر الشجر ان تنور وتعقد والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى المذهب فى معنى الابار وابار الزرع مختلف فيه فى المذهب فروي ابن القاسم عن مالك ان اباره ان يفرك قياساً على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار او وقت الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا مبنى الاختلاف اذا ابر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع مالم يؤبر ما أبر اولا يتبعه واتفقوا فيما أحسبه على انه اذا بيع تمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر

المسئلة الثانية

وهى اختلافهم في بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق على ثلاثة اقوال احدها ان ماله في البيع والعتق لسيده وكذلك في المكاتب وبه قال الشافعى والكوفيون والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق وهو قول داود وابي ثور والثالث انه تبع له في العتق لا فى البيع الا أن يشترطه المشترى وبه قال مالك والليث فحجة من راي ان ماله فى البيع لسيده الا ان يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبداً وله مال فماله للذى باعه الا ان يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده في العتق فقياساً على البيع وحجة من راى انه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافاً كثيراً اعنى هل يملك العبد اولا يملك ويشبه ان يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعاً رواه عن ابن عمر عن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم واما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع وقال مالك فى الموطا الامر المجتمع عليه عندنا ان المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان او عرضاً او ديناً وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من اعتق غلاماً فماله له الا ان يستثنيه سيده ويجوز عند مالك ان يشترى العبد وماله بدراهم وان كان مال العبد دراهم اوفيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعى اذا كان مال العبد نقداً وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما الا ما يجوز في سائر البيوع واختلف اصحاب مالك فى اشتراط المشترى لبعض مال العبد فى صفقة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب جائز ان يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال ان كان ما اشترى به العبد عيناً وفى مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان ما اشترى به عروضاً او لم يكن فى مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم انه لا يجوز ان يشترط بعضه تشبيهاً بثمر النخل بعد الابار ووجه قول اشهب تشبيه الجزء بالكل وفى هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه ومن مشهور مسائلهم فى هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان فى الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعنى ان يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع او يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن ام لا وفائدة الفرق ان من قال هي من الثمن اوجب ردها فى الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما اشبه ذلك وأيضاً من جعلها فى حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعنى الزيادة لم يوجب شيئاً من هذا فذهب أبو حنيفة الى انها من الثمن الا انه قال لا تثبت الزيادة فى حق الشفيع ولا في بيع المرابحة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو فى حكم الهبة واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة قالوا واذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على أنها لا تلحق فى الشفعة وبالجملة من رأي أن العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأي انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن

الجملة الرابعة

واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ففقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ويختلفون فى التفصيل أعنى فى الوقت الذى يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان ويتفاسخان مالم يفت عين السلعة وان فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت واما مالك فعنه روايتان احداهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن القاسم والثانية رواية اشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور القول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا اختلفا فى جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا فى جنس الثمن او المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال ايما بيعين تبايعا فالقول قول البائع او يترادان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والعلة فى ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعي عليه واما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التي يجب ان يتساوي فيها دعوى البائع والمشترى قال اذا قبض السلعة او فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشترى وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على اقوى المتداعيين شبهة وهذا هو اصل مالك في الايمان ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعي عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو فى الاكثر اقوى شبهة فاذا كان المدعى فى مواطن اقوى شبهة وجب ان يكون اليمين فى حيزه وأما من رآ القول قول المشترى فانه رآ أن البائع مقر للمشتري بالشراء او مدعى عليه عدداً ما فى الثمن واما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وانما خرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبائعان عن الايمان روايتان احداهما الفسخ والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف فالاشهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب

القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع

وهو النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها او نماء او نقصان او حوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق او هبة او بيع او رهن او غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت او نقصت فقال الشافعى ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال ابو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة فاما المحرمة فانها اذا فاتت مضت بالقيمة واما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان النهى فى هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة

لانه قد تقبض السلعة وهى تساوي الفاً وترد وهى تساوى خمس مائة او بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتاً في المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو المسلف ردالمشترى القيمة مالم تكن ازيد من الثمن لان المشترى قد رفع له فى الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد اكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذى اسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة ردها مالم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعني شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور أن النهى يتضمن فساد المنهى فاذ انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشئ ليس يقتضى عودة الشئ الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن احمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحاق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال انا ادع الزق وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجاوب عن ذلك بجواب لاتقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذ قد انقضى القول فى اصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفي اصول احكام البيوع الصحيحة واصول احكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع او لكثير منها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول

﴿كتاب الصرف﴾

ولما كان يخص هذا البيع شرطان . أحدهما عدم النسيئة وهو الفور . والاخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الكتاب ينحصر فى خمسة اجناس . الاول فى معرفة ماهو نسيئة مما ليس بنسيئة . الثانى فى معرفة ماهو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان المعنيان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف . الثالث فيما وقع أيضاً من هذا البيع لصورة مختلفة فيه هل هو ذريعة الى احد هذين أعنى الزياة والنسيئة اوكليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم أيضاً الى نوعين كانقسام اصله . الخامس فى خصائص احكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل اوكليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه فى احكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة فى فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة اوالى ما تركب منها ماعدى المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤول الى احد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسيئة او بتفاضل ادخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع او قريب من المنطوق بها رأينا ان نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له

ان يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة اصول الفقه وكفى من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب اواقل وبهذه الرتبة يسمى فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد اقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذى حفظ مسائل اكثر وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذى يقدر على عملها وهو بين ان الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لا يجد فى خفافه ما يصلح بقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذى يصنع لكل قدم خفاً يوافقه فهذا هو مثال اكثر المتفقهة فى هذا الوقت وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها ﴿المسألة الاولى﴾ أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلا بمثل يداً بيد الا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فانهم اجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا فى النسيئة وهو حديث صحيح فاخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا فى النسيئة وأما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن ابى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز وهو من اصح ما روى فى هذا الباب وحديث عبادة ابن الصامت حديث صحيح أيضاً فى هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصاً فى ذلك ، وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص فى ذلك لانه روى فيه لفظان . أحدهما أنه قال انما الربا فى النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص . وأما اللفظ الاخر وهو لا ربا الا فى النسيئة فهو اقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى أن ما عدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا فى النسيئة من جهة انه الواقع فى الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تاويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة فى ذلك الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ما روى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتي دار الصرف بورقه فيعطيهم اجرة الصرف ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه اودراهمه فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فارجوا الا يكون باساً به وبه قال ابن القاسم من اصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من اصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن والدينارين على اختلاف بين اصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لا يجوز على جهة المعروف ﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة او بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة ما فيه من الذهب او الفضة الثلث فاقل جاز بيعه أعنى بالفضة ان كانت حليته فضة او بالذهب ان كانت حليته ذهباً والا لم يجز وكانه رآ أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كانها هبة وقال ابو حنيفة واصحابه لا باس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة اكثر من الفضة التي في السيف وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التي فيه او الذهب يقابل مثله من الذهب او الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الاحاديث والنص الوارد فى ذلك

من حديث فضالة بن عبد الله الانصارى أنه قال أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب
وخرز وهى من المغانم تباع فامر رسول الله صلي الله عليه وسلم بالذهب الذى في القلادة ينزع وحده ثم قال لهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم وأما معاوية كما قلنا فاجاز ذلك على الاطلاق
وقد انكره عليه ابو سعيد وقال لا اسكن فى ارض انت فيها لما رواه من الحديث

المسئلة الثالثة اتفق العلماء على أن من شرط الصرف ان يقع ناجزاً . واختلفوا فى الزمان
الذى يحد هذا المعنى فقال ابو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق المتصارفان تعجل او تاخر القبض وقال
مالك ان تاخر القبض فى المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتي كره المواعدة فيه * وسبب الخلاف ترددهم في
مفهوم قوله عليه السلام الا هاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالاقل والاكثر فمن رآ أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق
من المجلس أعنى انه يطلق عليه انه باع هاء وهاء قال لا يجوز التاخير فى المجلس ومن رآ أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض
من المتصارفين على الفور قال ان تاخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم
فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن ابى ثور أنه اجاز فيه الخيار واختلف في المذهب فى التاخير
الذي يغلب عليه المتصارفان اواحدهما فمرة قيل فيه انه مثل الذى يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك فى تفاصيل
لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب

المسئلة الرابعة

اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فاراد رده فقال مالك ينتقض الصرف
وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار المدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها
دينار آخر وهكذا ما بينه وبين ان ينتهى الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شئ
وقال ابو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا ان تكون الزيوف نصف الدراهم او اكثر
فان ردها بطل الصرف فى المردود وقال الثورى اذا رد الزيوف كان مخيراً ان شاء ابدلها اويكون شريكا له بقدر ذلك
فى الدنانير أعنى لصاحب الدنانير وقال احمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان او كثيراً وابن وهب من اصحاب مالك
يجيز البدل فى الصرف وهو مبني على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تاثير ولا سيما فى البعض وهو احسن
وعن الشافعى فى بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار فى هذه المسئلة اربعة اقوال . قول
بابطال الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول باثبات الصرف ووجوب البدل . وقول بالفرق بين القليل والكثير
. وقول بالتخيير بين بدل الزائف اويكون شريكا له * وسبب الخلاف فى هذا كله هل الغلبة على التاخير فى الصرف
مؤثرة فيه اوغير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هى مؤثرة فى القليل اوفى الكثير وأما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه
فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البدل انتقض الصرف قياساً على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف
وان رضي به وهو ضعيف واختلفوا أيضاً اذا قبض بعض الصرف وتاخر بعضه أعنى هل يبطل الصرف المنعقد على التناجز
فقط فقيل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعى وقيل يبطل منه المتاخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف والقولان
فى المذهب ومبني الخلاف الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط

المسئلة الخامسة أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة فى
الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة

واختلفوا في المراطلة في موضعين أحدهما ان تختلف صفة الذهبين والثاني ان ينقص أحد الذهبين عن الاخر فيريد الاخر ان يزيد بذلك عرضاً أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب أو ذهباً ان كانت المراطلة بدراهم فذهب مالك اما في الموضع الاول وهو ان يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة انه متى راطل احدهما بنصف من الذهب واحد واخرج الاخر ذهبين احدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والاخر اردى فان ذلك عنده لايجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعنى الذى اخرجه وحده اجود من الذهبين المختلفين الذين اخرجهما الاخر او اردى منهما معاً او مثل احدهما واجود من الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان فلايجوز ذلك وقال ابو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الايهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يتهم ان يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه اعطى جزءاً من الوسط باكثر منه من الاردى وباقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لآخر خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطاً بعشرين من الاعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن اعطيك عشرين من الاعلى وعشرة ادنى من ذهبك وتعطينى انت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الادنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبى الوسط العشرين من ذهبك الاعلى وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود في القيمة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصافرة التي تكون بالعدد أعنى اذا اختلفت جودة الذهبين اوالاذهاب وأما اختلافهم إذا نقصت المراطلة فاراد أحدهما ان يزيد شيئاً آخر مما فيه الربا أو مما لاربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الاخر فيريد الذى نقص ذهبه ان يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضاً فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض وعمدة مالك التهمة فى ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد

المسئلة السادسة

واختلفوا في الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنانير وللاخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهي فى الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا يدخلا معاً وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفى غير الحال وقال الشافعى والليث لايجوز ذلك حلا أو لم يحلا وحجة من لم يجزه انه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان احرى الايجوز غائب بغائب واما مالك فاقام حلول الاجلين فى ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معاً ليلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين وبقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم فى جواز الصرف على ما ليس عندهما اذا دفعهما احدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فاجاز ذلك الشافعى وابو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد اعنى اذا كان احدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لايجوز ذلك الا ان يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم فى الرجل يكون له على الرجل دراهم الى اجل هل ياخذ فيها اذا حل الاجل ذهباً او بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال ابو حنيفة الا انه اجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان

الاجل

الاجل حالا اولم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من اجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع ابيع بالدنانير واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال لا باس بذلك اذا كان بسعر يومه خرجه ابوداود وحجة من لم يجزه ماجاء في حديث ابي سعيد وغيره ولا تبيعوا منها غائباً بناجز

المسئلة السابعة اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا ان يكون احدهما الاكثر والاخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد اوفي دنانير وقيل ان كان الصرف في دينار واحد جاز كيف ماوقع وان كان في اكثر اعتبر كون احدهما تابعاً للاخر في الجواز فان كانا معاً مقصودين لم يجز واجاز اشهب الصرف والبيع وهو اجود لانه ليس في ذلك مايؤدي الى ربا ولا الى غرر

كتاب السلم

وفي هذا الكتاب ثلاثة ابواب الباب الاول في محله وشروطه . الباب الثاني فيما يجوز ان يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم ومايعرض في ذلك من الاقالة والتعجيل والتاخير . الباب الثالث في اختلافهما في السلم

الباب الاول اما محله فانهم أجمعوا على جوازه في كل مايكال ويوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والعقار واما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك داود وطائفة من اهل الظاهر مصيراً الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على انه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعي والاوزاعي والليث الى ان السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال ابو حنيفة والثوري واهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة اهل العراق في ذلك ماروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الاول وربما احتجوا ايضاً بنهيه عليه السلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من اجاز السلم في الحيوان ماروى عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشاً فنفدت الابل فامره ان ياخذ على قلاص الصدقة فاخذ البعير بالبعيرين الى اجل الصدقة وحديث ابي رافع ايضاً ان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة * فسبب اختلافهم شيئان احدهما تعارض الاثار في هذا المعني والثاني تردد الحيوان بين ان يضبط بالصفة ولا يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قال ينضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض واجازه مالك بالعدد وكذلك في اللحم اجازه مالك والشافعي ومنعه ابو حنيفة وكذلك السلم في الرءوس والاكارع اجازه مالك ومنعه ابو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص اجازه مالك ومنعه الشافعي وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع لان ذلك غير منحصر **واما شروطه** فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها فاما المجمع عليها فهي ستة منها ان يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك هو اما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله واما اتفاق الجنس على مايراه ابو حنيفة واما اعتبار الطعم على ما يراه

الشافعي في علة النساء ومنها ان يكون مقدراً امابالكيل اوبالوزن اوالعدد ان كان مماشأنه ان يلحقه التقدير او منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها ان يكون موجوداً عندحلول الاجل ومنها ان يكون الثمن غير مؤجل اجلابعيداً ليلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذافى الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة فى تاخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على انه لايجوزفى المدة الكثيرة ولا مطلقاً فاجاز مالك اشتراط تاخير اليومين والثلاثة وكذلك اجاز تاخيره بلاشرط وذهب ابوحنيفة والشافعى الى ان من شرطه التقابض فى المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا فى اربعة احدها الاجل هل هو شرط فيه ام لا والثاني هل من شرطه ان يكون جنس المسلم فيه موجوداً فى حل عقد السلم ام لا والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه والرابع ان يكون الثمن مقدراً اما مكيلا واما موزوناً واما معدوداً والا يكون جزافاً فاما الاجل فان أباحنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه فى ذلك واما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه انه من شرط السلم وقد قيل انه متخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمى فانه فصل الامر فى ذلك فقال ان السلم فى المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذى يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل وهو الذى يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيئان ظاهر حديث ابن عباس والثانى انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ماليس عند البائع المنهي عنه وعمدة الشافعى انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم اشتري جملا من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبى صلى الله عليه وسلم تمراً وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر فى الذمة وللمالكية من طريق المعنى ان السلم انما جوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب فى تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا فى الاجل فى موضعين أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم والثاني في مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك فى مقداره من الايام ان المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه وضرب يقتضى بغير البلد الذى وقع فيه السلم فان اقتضاه فى البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان المعتبر فى ذلك اجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً اونحوها وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز اليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لاباس به الى اليوم الواحد واما مايقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التى بين البلدين قلت اوكثرت وقال ابو حنيفة لايكون اقل من ثلاثة ايام فمن جعل الاجل شرطاً غير معلل اشترط منه اقل ماينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطاً معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ماتختلف فيه الاسواق غالباً واما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما اشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه ابو حنيفة والشافعى فمن رآ ان الاختلاف الذى يكون فى امثال هذه الآجال يسير جاز ذلك اذ الغرر اليسير معفو عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذى يكون فى الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رآ انه كثير وانما كثر من الاختلاف الذى يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها لم يجزه واما اختلافهم فى هل من شرط السلم ان يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حين عقد السلم فان مالكا والشافعى واحمد واسحاق وابا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت ابانه وقال أبو حنيفة واصحابه والثورى والاوزاعي لايجوز السلم الا فى ابان الشئ المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان ماورد فى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون فى التمر السنتين والثلاث فاقر ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ماروى من حديث ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لاتسلموا فى

النخل

النخل حتى يبدو صلاحها وكأنهم رأوا ان الغرر يكون فيه اكثر اذا لم يكن موجوداً فى حال العقد وكانه يشبه بيع مالم يخلق اكثر وان كان ذلك معيناً وهذا فى الذمة وبهذا فارق السلم بيع مالم يخلق

﴿وأما الشرط الثالث﴾ وهو مكان القبض فان اباحنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضى ابو محمد الافضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك

﴿واما الشرط الرابع﴾ وهو ان يكون الثمن مقدراً مكيلا اوموزونا اومعدودا اومذروعا لاجزافاً فاشترط ذلك ابو حنيفة ولم يشترطه الشافعى ولاصاحبا ابي حنيفة ابو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص الا انه يجوز عنده بيع الجزاف الافيما يعظم الغرر فيه على ماتقدم من مذهبه وينبغى ان تعلم ان التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيمايمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه احد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان انواعا مختلفة اومع تركه ان كان نوعا واحداً ولم يختلفوا ان السلم لايكون الافى الذمة وانه لايكون الافي معين واجاز مالك السلم فى قرية معينة اذا كانت مامونة وكانه رآها مثل الذمة

﴿الباب الثانى﴾ وفى هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فيمن اسلم فى شئ من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين ان ياخذ الثمن او يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعى وابو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه ان يكون من ثمار هذه السنة وانما هو شئ شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال اشهب من اصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولايجوز التاخير وكانه رآه من باب الكالئ بالكالئ وقال سحنون ليس له اخذ الثمن وانما له ان يصبر الى القابل واضطرب قول مالك فى هذا والمعتمد عليه فى هذه المسئلة مارواه أبو حنيفة والشافعى وابن القاسم وهو الذى اختاره ابو بكر الطرطوشى والكالئ بالكالئ المنهي عنه انما هو المقصود لاالذى يدخل اضطراراً

﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك اصلا وهم القائلون بان كل شئ لايجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة واحمد واسحاق وتمسك أحمد واسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم فى شئ فلا يصرفه فى غيره وأما مالك فانه منع شراء المسلم المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين احدهما اذا كان المسلم فيه طعاماً وذلك بناء على مذهبه فى أن الذى يشترط فى بيعه القبض هو الطعام على ماجاء عليه النص فى الحديث والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم مالايجوز ان يسلم فيه راس ماله مثل ان يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضاً مخالفاً له فياخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيئا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان كان العرض الماخوذ اكثر من راس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله اواقل وكذلك ان كان راس مال السلم طعاما لم يجز ان ياخذ فيه طعاماً آخر اكثر منه لامن جنسه ولامن غير جنسه فان كان مثل طعامه فى الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده ان ياخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وان كان اقل

جودة لانه عنده من باب البدل في الدنانير والاحسن مثل ان يكون له عليه قمح فياخذ بمكيلته شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك ألا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا واخذ المسلم فيه عيناً من جنسه جاز ما لم يكن اكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله اوأقل وان اخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان اخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شئ يجوز به التبايع مالم يكن طعاماً لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه واما الاقالة فمن شرطها عند مالك ألا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أونقصان كان بيعاً من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعنى انه تفسد عنده بما تفسد بيوع الاجال مثل ان يتذرع الى بيع وسلف اوالى ضع وتعجل اوالى بيع السلم بما لايجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على ان اخذ البعض وأقال من البعض فانه لايجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعى وابى حنيفة لانهما لايقولان بتحريم بيوع الذرائع

﴿مسـئلة﴾ اختلف العلماء فى الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئاً بعد الاقالة بما لايجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه اصلا ورآ أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك ما لايجوز وبه قال أبو حنيفة واصحابه ومالك واصحابه الا أن عند أبي حنيفة لايجوز على الاطلاق اذ كان لايجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التى يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من اجازه وبه قال الشافعى والثورى وحجتهم ان الاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له ان يشترى به ما احب والظن الردى بالمسلمين غير جائز قال واما حديث ابي سعيد فانه انما وقع النهى فيه قبل الاقالة

﴿مسـئلة﴾ اختلفوا اذا ندم المبتاع فى السلم فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لايجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك فى ذلك مخافة أن يكون المشترى لما حل له الطعام على البائع اخره عنه على أن يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل ان يستوفى وقوم اعتلوا المنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزاً رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذى امر الله تعالى به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلماً صفقته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً اظله الله فى ظله يوم لاظل الا ظله

﴿مسـئلة﴾ أجمع العلماء على انه اذا كان لرجل على رجل دراهم اودنانير الي اجل فدفعها اليه عند محل الاجل وبعده ان يلزمه اخذها واختلفوا فى العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان اتى بها قبل محل الاجل لم يلزم اخذها وقال الشافعي ان كان مما لايتغير ولا يقصد به النظارة لزمه اخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا اتى به بعد محل الاجل فاختلف فى ذلك اصحاب مالك فروى عنه انه يلزمه قبضه مثل ان يسلم فى قطائف الشتاء فياتى بها فى الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور في انه لايلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل انه من ضمانه الى الوقت المضروب الذى قصده ولما عليه من المؤونة فى ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم اذ لامؤونة فيها ومن لم يلزمه بعد الاجل فحجته انه رآ أن المقصود من العروض انما كان وقت الاجل لاغيره وأما من أجاز ذلك فى الوجهين أعنى بعد الاجل اوقبله فشبهه بالدنانير والدراهم

﴿مسـئلة﴾ اختلف العلماء فيمن اسلم الى آخر او باع منه طعاماً على

مكيلة

مكيلة ما فاخبر البائع اوالمسلم اليه المشتري بكيل الطعام هل للمشتري ان يقبضه منه دون ان يكيله وأن يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والا خيف ان يكون من باب الربا كانه انما صدقه في الكيل لمكان انه انظره بالثمن وقال ابو حنيفة و الشافعي والثوري والاوزاعي والليث لايجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد ان كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم انه لما كان ليس للمشتري ان يبيعه الا بعد ان يكيله لم يكن له ان يقبضه الا بعد ان يكيله البائع له لانه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلفا في الكيل فقال الشافعي القول قول المشتري وبه قال ابو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشتري عند قبضه اياه وهذا مبني عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه

﴿ الباب الثالث في اختلاف المتبائعين في السلم ﴾

والمتبائعان في السلم اما أن يختلفا في قدر الثمن او المثمون واما في جنسهما واما في الاجل واما في مكان قبض السلم فاما اختلافهم في قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان اتي بما يشبه والا فالقول ايضاً قول المسلم ان اتي ايضا بما يشبه فان اتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا واما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل ان يقول احدهم سلمت في تمر ويقول الاخر في قمح فان كان في حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان في قدره فالقول أيضاً قول المسلم اليه الا أن ياتي بما لا يشبه مثل ان يدعي المسلم وقتا بان المسلم فيه ويدعي المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم واما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في الموضع الثاني فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا واما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبائعين قبل القبض وقد تقدم ذلك

﴿ كتاب بيع الخيار ﴾

والنظر في اصول هذا الباب اما اولا فهل يجوز ام لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه ام لا وممن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار ام لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خياراً كالقول اما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من اهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وما روى في حديث ابن عمر البيعان بالخيار ما لم يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم في البيع الا ان يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله او سنة ثابتة او اجماع قالوا وحديث حبان اما انه ليس بصحيح واما انه خاص لما شكي اليه صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع قالوا واما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو ان يقول احدهما لصاحبه اختر واما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وانه انما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة ايام لا يجوز اكثر من ذلك وقال احمد

وابو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لاى مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن حى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً ويكون له الخيار ابدا وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعى لايجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعى ان وقع الخيار فى الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال ابو حنيفة ان وقع في الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعى بل هو فاسد على كل حال فهذه هى اقاويل فقهاء الامصار فى مدة الخيار وهى هل يجوز مطلقاً اومقيدا وان جاز مقيداً فكم مقداره وان لم يجز مطلقاً فهل من شرط ذلك ألا يقع الخيار في الثلاث ام لايجوز بحال وان وقع فى الثلاث فاما أدلتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ماقلناه واما عمدة من لم يجز الخيار الاثلاثا فهو ان الاصل هو ألايجوز الخيار فلايجوز منه الاماورد فيه النص فى حديث منقذ بن حبان اوحبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث فى حديث المصراة وهو قوله من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام واما حديث منقذ فاشبه طرقه المتصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيع اذا بعت فقل لاخلابة وانت بالخيار ثلاثا واما عمدة اصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار البيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص اريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص اريد به الخاص وأما اشتراط النقد فانه لايجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف. وأما ممن ضمان المبيع في مدة الخيار فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك واصحابه والليث والاوزاعي مصيبته من البائع والمشترى أمين وسواء كان الخيار لهما اولاحدهما وقد قيل في المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف فى ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لايغاب عليه فضمانه من البائع وقال ابو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أوللبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه واما ان كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشترى وبقى معلقاً حتى ينقضى الخيار وقد قيل عنه ان على المشترى الثمن وهذا يدل على انه قد دخل عنده فى ملك المشترى وللشافعى قولان أشهرهما أن الضمان من المشترى لايهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشترى قبلت وعمدة من رأى انه من المشترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه احدهما ولم يشترطه الثانى فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له إبقاء للمبيع على ملكه وان كان المشترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب ان يدخل في ملك المشترى ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى واذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لانه لم يشترط خياراً ولم يلزم ان يدخل فى ملك المشتري لانه شرط الخيار في رد الاخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لابد ان تكون مصيبته من احدهما والخلاف آئل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ فى البيع اولتتميم البيع فاذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا في تتميمه فهو فى ضمانه ﴿وأما المسئلة الخامسة﴾

وهى

وهي هل يورث خيار المبيع ام لا فان مالكا والشافعى واصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبوحنيفة واصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم ابو حنيفة خيار الرد بالعيب اعنى أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب ماوهبه لابنه اعنى أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ماوهبه لابنه ماجعل له الشرع من ذلك أعنى للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتي متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فان ورثته لايتنزلون منزلته عند مالك وسلم الشافعي ماسلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائداً خيار الاقالة والقبول فقال لايورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الا ما قام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق الا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالاموال فموضع الخلاف هل الاصل هو ورث الحقوق كالاموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا مالم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التى تورثها هي به والحنفية تحتج أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم ان يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ويروم فى قول خصمه بالضد اعنى ان يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقاً ويعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متبايناً مثل ما تقول المالكية انما قلنا ان خيار الاب فى رد هبته لايورث لان ذلك خيار راجع الى صفة فى الاب لاتوجد فى غيره وهى الابوة فوجب الا تورث الا الى صفة فى العقد وهذا هو * سبب اختلافهم في خيار خيار اعنى انه من انقدح له فى شئ منها انه صفة للعقد ورثه ومن انقدح له انه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه

﴿ واما المسئلة السادسة ﴾ وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا فى اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعى فى احد قوليه لايجوز الا ان يوكله الذى جعل له الخيار ولايجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول احمد وللشافعى قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال ابو حنيفة واتفق المذهب على ان الخيار للاجنبى اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله احدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار اوالمشترى ومن جعل له المشترى الخيار فقيل القول فى الامضاء والرد قول الاجنبى سواء اشترط خياره البائع أو المشترى وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشترى اى ان القول فى الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبى وقول الاجنبي دون المشترى ان كان المشترى هو مشترط الخيار وقيل القول قول من اراد منهما الامضاء وان اراد البائع الامضاء واراد الاجنبى الذى اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشترى فالقول قول البائع فى الامضاء وان اراد البائع الرد واراد الاجنبي الامضاء ووافقه المشترى فالقول قول المشترى وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشترى فالقول فيهما قول من اراد الامضاء وكذلك الحال فى المشترى وقيل بالفرق فى هذا بين البائع والمشترى أى ان اشترطه البائع بالقول قول من اراد الامضاء منهما وان اشترطه المشترى بالقول قول الاجنبى وهو ظاهر ما فى المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار مالا يجوز مثل ان يشترط اجلا مجهولا اوخياراً فوق الثلاث عند من لا

يجوز الخيار فوق الثلاث أوخيار رجل بعيد الموضع بعينه أعنى اجنبياً فقال مالك والشافعى لايصح البيع وإن اسقط الشرط الفاسد وقال أبوحنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد فاصل الخلاف هل الفساد الواقع فى البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى وإنما هو في الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل البيع وان اسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا اسقط الشرط الفاسد لانه يبقي العقد صحيحاً

﴿ كتاب بيع المرابحة ﴾

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومرابحة وان المرابحة هى ان يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحاً ما للدينار أوالدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة فى موضعين أحدهما فيما للبائع ان يعده من رأس مال السلعة مما انفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يعده من رأس المال ، والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشترى فاخبر انه اشتراه باكثر مما اشترى السلعة به او وهم فاخبر باقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها باكثر ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان . الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفى صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الربح ؛ الثاني فى حكم ماوقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن

﴿ البـــــاب الاول ﴾

فاما ما يعد في الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك فى ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زائداً على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد فى أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح فاما الذى يحسبه فى رأس المال ويجعل له حظاً من الربح فهو ما كان مؤثراً فى عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه فى رأس المال ولا يجعل له حظاً من الربح فما لا يؤثر فى عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكذا البيوت التى توضع فيها واما ما لا يحتسب فيه في الامرين جميعاً مما ليس له تاثير فى عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد وقال ابوحنيفة بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال ابوثور لاتجوز المرابحة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتى بكذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش واما صفة رأس الثمن الذى يجوز ان يخبر به فان مالكا والليث قالا فيمن اشتري سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الي زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها لانه من باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف اصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أوبالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال اشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشئ من العروض ان يبيعها مرابحة لانه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وابوحنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فاخذ فى الدنانير عروضاً اودراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد ام لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما نقد وقال ابو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التى ابتاع بها السلعة دون العروض التى اعطى فيها اوالدراهم وقال مالك ايضاً فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشترى مثل اجله وقال ابوثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب فى المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه

الباب الثاني — واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك اما باقراره واما ببينة ان الثمن كان اقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشتري بالخيار اما ان ياخذ بالثمن الذي صح اويترك اذا لم يلزمه البائع اخذها بالثمن الذي صح وان الزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذي ان الزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشتري انما اربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ماقال وجب ان يرجع الى الذي ظهر كما لو اخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقا تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعني انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب واما اذا فاتت السلعة فقال الشافعي يحط مقدار مازاد من الثمن وماوجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء وان كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري القيمة أورده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذي صح واما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وانه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن وهذا بعيد لانه بيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة اذا فاتت السلعة ان المبتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان ياخذها بالثمن الذي صح فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة وجوب العيب فاما حكم الكذب فقد تقدم واما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق واما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقاً وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم وأما عند اشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في الثمن وقسم غير مؤثر فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التي تتركب فهي أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب واصل مذهب ابن القاسم فيها انه ياخذ بالذي يبقى حكمه ان كان فات بحكم احدها اوبالذي هو ارجح له ان لم يفت حكم أحدها اما على التخيير حيث يمكن التخيير او الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع أعني مذهب ابن القاسم وغيره

كتاب بيع العرية — اختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التي اتت فيها السنة فحكى القاضي ابو محمد عبد الوهاب المالكي أن العرية في مذهب مالك هي ان يهب الرجل ثمرة نخلة اونخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعري شراؤها من المعرى له بخرصها تمراً على شروط اربعة ، أحدها ان تزهى : والثاني ان تكون خمسة اوسق فادون فان زادت فلا يجوز ؛ والثالث ان يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ فان اعطاه نقداً لم يجز : والرابع ان يكون التمر من صنف تمر العرية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية انما هي في حق المعرى فقط والرخصة فيها انما هي استثناؤها من المزابنة وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه ومن صنفي الربا أيضاً أعني التفاضل والنساء وذلك انه بيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضاً تمر بتمر الى اجل فهذا هو من مذهب مالك فيما هي العرية وما هي الرخصة فيها ولمن

الرخصة فيها ؛ وأما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعرى خاصة وانما هي لكل احد من الناس
اراد ان يشتري هذا القدر من التمر أعني الخمسة أوسق اوما دون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها انما هي
معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان ياكلوا رطباً وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشتري به الرطب
والشافعي يشترط في اعطاء التمر الذي تباع به العرية ان يكون نقداً ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية
جائزة عند مالك في كل مايبس ويدخر وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون
الخمسة الاوسق عند مالك والشافعي وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة اوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر
عند مالك الجواز فالشافعي يخالف مالكا في العرية في اربعة مواضع . أحدها في سبب الرخصة كما قلنا : والثاني
أن العرية التي رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز . والثالث في اشتراط النقد عند البيع ؛ والرابع
في محلها فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط وعند مالك في كل مايدخر وييبس وأما احمد بن حنبل فيوافق مالكا
في أن العرية عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة انما هي عنده فيها للموهوب له أعني المعرى له لا للمعرى وذلك انه
يري ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب اليه مالك وأما ابو حنيفة فيوافق مالكا في أن
العرية هي الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ولا
هي في الجملة في البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب في هبته اذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست
عنده ببيع وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو ان يعطى بدلها تمراً بخرصها وعمدة مذهب مالك في العرية
انها بالصفة التي ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا واصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه
فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فابيح له ان يشتريها بخرصها تمراً عند الجذاذ ومن الحجة له في أن الرخصة
انما هي للمعرى حديث سهل بن ابي خيثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص
في العرية ان تباع بخرصها ياكلها اهلها رطباً قالوا فقوله ياكلها رطباً دليل على أن ذلك خاص بمعريها لانهم في ظاهر هذا القول اهلها
ويمكن ان يقال ان اهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان لكن قوله رطباً هو تعليل لا يناسب المعرى وعلى مذهب الشافعي
هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ولذلك كانت الحجة للشافعي واما ان العرية عنده هي
الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان اهل اللغة قالوا العرية هي الهبة واختلف في تسميتها بذلك فقيل لانها عريت
من الثمن وقيل انها ماخوذة من عروت الرجل اعروه اذا سألته ومنه قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وانما
اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعني تاخيره الى ذلك الوقت لانه تمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته ان
يتأجل الى الجذاذ اصله الزكاة وفيه ضعف لانه مصادمة بالقياس لاصل السنة وعنده انه اذا تطوع بعد تمام العقد
بتعجيل التمر جاز . وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الاوسق اوفيما دونها فلما رواه عن ابى هريرة أن رسول الله صلي
الله عليه وسلم ارخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق اوفي خمسة اوسق وانما كان عن مالك في
الخمس الاوسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوى وأما اشتراطه ان يكون من ذلك الصنف بعينه
اذا يبس فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لصاحب العرية ان يبيعها بخرصها تمراً
خرّجه مسلم وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن جريج وسهل بن ابي خيثمة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن
المزابنة التمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه اذن لهم فيه وقوله فيها ياكلها اهلها رطباً والعرية عندهم هي اسم لما دون

الخمسة الاوسق من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم ان يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته فى القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد انه قال لرجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عرايا كم هذه قال فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب اتى وليس بايديهم نقد يبتاعون به الرطب فيا كلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بايديهم يا كلونها رطباً وانما لم يجز تاخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة وأما احمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص فى العرايا ولم يخص المعرى من غيره وأما ابو حنيفة فلما لم يجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعاً نوعا من المزابنة رآ ان انصرافها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمراً وتسميتها اياها بيعاً عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك فى بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشئ من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول ابى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث فى مواضع ، منها انه لم يسمها بيعاً وقد نص الشارع على تسميتها بيعاً . ومنها انه جاء فى الحديث انه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة لان المزابنة هى في البيع والعجب منه انه سهل عليه ان يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه ان يستثنيها مما استثناه منه الشارع وهى المزابنة

بسم الله الرحمان الرحيم   وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الاجارات ﴾

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع أعنى ان اصوله تنحصر بالنظر فى انواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى احكامها وذلك فى نوع نوع منها أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم اكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم اولا الى قسمين . القسم الاول في انواعها وشروط الصحة والفساد . والثانى فى معرفة احكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر اولا ما في ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما فى دينك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار { فنقــــول } إن الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول وحكى عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالي إني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين الآية وقوله فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ومن السنة الثابتة ما خرّجه البخارى عن عائشة قالت استاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبوبكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتاً وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر انه باع من النبى صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات فى وقت العقد معدومة فكان ذلك غرراً ومن بيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى

فى الغالب او يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء

وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلا له وصفتهما ، وأما الثمن فينبغى ان يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك فى باب البيوع . وأما المنفعة فينبغى ان تكون من جنس مالم ينه الشرع عنه وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فمما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشئ محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل اجر النوائح واجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا فى اجارة الارضين وفى اجارة المياه وفى اجارة المؤذن وفى الاجارة على تعليم القرآن وفى اجارة نزو الفحول ، فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيراً فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الاقل وبه قال طاووس وأبو بكر بن عبد الرحمان وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لايجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شئ ماعدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها اولم يكن وماعدا ماينبت فيها كان طعاماً اوغيره والى هذا ذهب مالك وأكثر اصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بما عدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك فى الموطا وقال قوم يجوز كراؤها بكل شئ وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثورى والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا ابي حنيفة وابن ابي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال مارواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لاباس به وروى هذا عن رافع وابن عمر واخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى ارضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى انه لايخصص العموم بقول الراوى وروي عن رافع بن خديج عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضاً بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من كانت له ارض فليزرعها اوليزرعها ولا يواجرها فهذه هى جملة الاحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الارض وقالوا أيضاً من جهة المعنى انه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر لانه يمكن ان يصيب الزرع جائحة من نار او قحط او غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير ان ينتفع من ذلك بشئ * قال القاضى ويشبه ان يقال في هذا ان المعنى فى ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما انهما اصلا الخلقة ، وأما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمان عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال انما يزرع ثلاثة رجل له ارض فيزرعها ورجل منح ارضاً فهو يزرع مامنح ورجل اكترى بذهب او فضة قالوا فلا يجوز ان يتعدى مافى هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من اجاز كراءها بكل شئ ما عدا الطعام وسواء كان الطعام مدخراً اولم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى

الله

الله عليه وسلم من كانت له ارض فليزرعها اوليزرعها اخاه ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى المحاقلة التى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قالوا وأيضاً فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشىء مما يخرج منها أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ماورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهى كراء الارض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل اصحابه وعمدة من اجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشىء معلوم فجاز قياساً على اجارة سائر المنافع وكان هؤلاء ضعفوا احاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره فى حديث رافع انهم قالوا أكثر رافع قالوا وقد جاء فى بعض الروايات عنه ما يجب ان يحمل عليها سائرها قال كنا اكثر اهل المدينة حقلا قال وكان احدنا يكرى ارضه ويقول هذه القطعة لى وهذه لك وربما اخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبى صلى الله عليه وسلم خرجه البخارى وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر أما الاثر فما ورد من النهى عن المخابرة وما ورد من حديث بن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امر كان بنا رفقاً فقلت ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماتصنعون بمحاقلكم قلنا نواجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعلوا ازرعوها اوزارعوها اوامسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخارى ومسلم ، وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على ان يعملوها من اموالهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث اولى من احاديث رافع لانها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر بدليل ما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم اخاه يكن خيراً له من ان يأخذ منه شيئاً قالوا وقدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فاقرهم

﴿ وأما اجارة المؤذن ﴾

فان قوماً لم يروا فى ذلك باساً وقوماً كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبى العاصى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ مؤذنا لا يأخذ على اذانه اجراً والذين اباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب أم ليس بواجب وأما الاستيجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضاً وكرهه قوم وأجازه آخرون والذين اباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء اورقية فان عندنا معتوهاً فى القيود فقلنا لهم نعم فجاءوا به فجعلت اقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة ايام غدوة وعشية أجمع بريقى ثم اتفل عليه فكانما انشط من عقال فاعطوني جعلا فقلت لا حتى اسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن أكل برقية باطلا فلقد اكلت برقية حقاً وبما روى عن ابى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة فمروا بحى من احياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ او قد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ فاعطى قطيعاً من الغنم فابى ان

يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك انها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم وأن الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن وقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور في الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى وسواء كان الرقي بالقرآن اوغيره الاستيجار عليه عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجباً على الناس واما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فاجاز مالك ان يكرى الرجل فحله على ان ينزوا كواما معلومة ولم يجز ذلك ابو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهى عن عسيب الفحل ومن اجازه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستيجار الكلب هو أيضاً من هذا الباب وهو لايجوز عند الشافعى ولا عند مالك والشافعى يشترط فى جواز استيجار المنفعة ان تكون متقومة على انفرادها فلايجيز استيجار تفاحة للشم ولا طعام ليزين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لايجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل مالا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لايصح اجارة هذا الجنس وهو قرض قال ابو بكر الابهرى وعنده يزعم أن ذلك يصح ويلزم الاجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لانه لم يتصور فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن اجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل ان يتجمل بها او يتكثر او غير ذلك مما يمكن ان يتصور فى هذا الباب فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهى مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز ان يكون ثمناً فى المبيعات وبما لايجوز ومما ورد النهي فيه من هذا الباب ماروى أنه صلى الله عليه وسلم نهي عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوى ومعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه قالوا وهذا لايجوز عندنا وهو استيجار من المستاجر بعين ليس عنده ولاهي من الاشياء التى تكون ديوناً على الذمم ووافقه الشافعى على هذا وقال اصحابه لو استاجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة اوبصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لانه استاجره على جزء من الطعام معلوم واجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم ايضاً وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم فى ذلك آخرون فقالوا كسبه ردئ يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح * والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب فمن رآ أنه حرام احتج بما روى عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من السحت كسب الحجام وبما روى عن انس ابن مالك قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبي جحيفة قال اشترى أبي حجاماً فكسر محاجمه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن ثمن الدم وأما من رآ اباحة ذلك فاحتج بما روي عن ابن عباس قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجره قالوا ولوكان حراماً لم يعطه وحديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا أباطيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه أيضاً انه امر للحجام بصاع وامر مواليه ان يخففوا عنه واما الذين قالو بكراهيته فاحتجوا بما روى ان رافعة بن رافع او رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا ان نطعمه ناضحنا وبما روى عن رجل من بنى حارثة كان له حجام وسأل

رسول

رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتي قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اعاف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك ﴿ ومن هذا الباب ايضاً ﴾ اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار اخرى فأجاز ذلك مالك ومنعه ابو حنيفة ولعله رآها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة واما ما يتلق باوصافها فنذكر ايضاً المشهور منها فمن ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وابوحنيفة والشافعى اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة ان يكون الثمن معلوماً والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشياً مثل كراء الرواحل وذهب اهل الظاهر وطائفة من السلف الاول الى جواز اجارات المجهولات مثل ان يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه اويحتطب عليه بنصف مايعود عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع فى المبيعات واحتج الفريق الثاني بقياس الاجارة على القراض والمساقات والجمهور على ان القراض والمساقات مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الاصول واتفق مالك والشافعى على انهما اذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية امداً من الزمان محدوداً وحددوا ايضاً اول ذلك الامد وكان اوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا اول الزمان اوحددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد اوله مثل ان يقول له استاجرت منك هذه الدار سنة بكذا اوشهراً بكذا ولايذكر اول ذلك الشهر ولا اول تلك السنة وقال الشافعى لايجوز ويكون اول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعى لانه غرر واجازه مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعى اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد واجازه مالك واختلف قول اصحابه فى استيجار الارض غير المامونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل ان يكرى الدار لعشرة أعوام اوا كثر مما لاتتغير الدار فى مثله وقال الشافعى لايجوز ذلك لاكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون فى أرض المطر وارض السقى بالعيون وأرض السقى بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لايجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد واما ارض السقى بالعيون فلايجوز كراؤها الا لثلاثة اعوام واربعة واما ارض الآبار والانهار فلا يجوز الالعشرة اعوام فقط فالاختلاف هاهنا فى ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفى طولها وفى بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذى يجب لاقل المدة مثل ان يقول اكترى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك امداً معلوماً فقال الشافعى لايجوز وقال مالك واصحابه يجوز على قياس ابيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غيره * وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع فى هذه الاشياء هل هو من الغرر المعفو عنه اوالمنهي عنه ومن هذا الباب اختلافهم فى البيع والاجارة اجازه مالك ومنعه الشافعى وابوحنية ولم يجز مالك ان يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعى هي جائزة وقال أبو حنيفة لاتجوز لان عنده ان الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعى ان الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه أعنى رب المال ومن هذا الباب استيجار الاجير

بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعى ذلك على الاطلاق واجاز مالك ذلك على الاطلاق أعنى في كل اجير وأجاز ذلك ابو حنيفة فى الظئر فقط * وسبب الخلاف هل هى اجارة مجهولة ام ليست مجهولة فهذه هى شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون واما انواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع اعيان محسوسة واجارة منافع فى الذمة قياساً على البيع والذى في الذمة من شرطه الوصف والذى في العين من شرطه الرؤية اوالصفة عنده كالحال فى المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك فى الشئ الذى تستوفى منافعه وفى الشئ الذى تستوفى به منافعه فلابد من وصف المركوب مثلا والحمل الذي تستوفى به منفعة المركوب وعند مالك ان الراكب لايحتاج ان يوصف وعند الشافعى يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استاجر الراعي على غنم باعيانها ان من شرط صحة البيع اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المامونة السقى عنده الا ان يشترط فيها النقد الابعدالرى واختلفوا فى الكراء هل يدخل فى انواعه الخيار ام لا فقال مالك يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعى لايجوز فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد واوصافه وانواعه وهى الاشياء التي تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقى النظر في الجزء الثاني وهو احكام هذا العقد

﴿ الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر فى احكام الاجارات ﴾

واحكام الاجاراة كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر فى جملتين * الجملة الاولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طاريء عليه * الجملة الثانية فى احكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم فى الاشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف

﴿ الجملة الاولى ﴾

ومن مشهورات هذا الباب متي يلزم المكرى دفع الكراء اذا اطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وابى حنيفة ان الثمن انما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب مايقبض من المنافع الا ان يشترط ذلك اويكون هنالك مايوجب التقديم مثل ان يكون عوضاً معيناً اويكون كراء في الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر مايقبض من العوض والشافعى كانه رآ أن يأخذه من باب الدين بالدين ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة اوداراً وما اشبه ذلك هل له ان يكرى ذلك باكثر مما اكتراه فأجازه مالك والشافعى وجماعة قياساً على البيع ومنع ذلك ابو حنيفة واصحابه وعمدتهم انه من باب ربح مالم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعني من المكري وأيضاً فانه من باب بيع مالم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا احدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبيه بالبيع ومنها ان يكرى الدار من الذى اكراها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لايجوز وكانه رآ انه اذا كان التفاضل بينهما فى الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا أكترى أرضاً ليزرعها حنطة فاراد أن يزرعها شعيراً أوماضرره مثل ضرر الحنطة أودونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور المكتراة فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه انه على المكتري وبه قال الشافعي واستثنى ابن القاسم

من

من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنائس فى هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم ويحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب

﴿الجملة الثانية وهى النظر فى الاحكام الطوارئ﴾ الفصل الاول منه وهو النظر في الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكي عن قوم انه عقد جائز تشبيهاً بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم الى انه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارئ على المستاجر مثل ان يكري دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى أوفوا بالعقود لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبى حنيفة انه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه بخلاف العين المستاجرة اذا انفلت قال وذلك مثل ان يستاجر على رعاية غنم باعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستاجر ان ياتى بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا فى المذهب وانما ذلك على قسمين أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان مما لا تقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعيانها أو بيع طعام فى حانوت وما أشبه ذلك واشتراط ابن القاسم في المدونة أنه اذا أستاجر على غنم باعيانها فانه لا يجوز الا أن يشترط الخلف هو التفات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رآ التلف سابقاً الى الفسخ رآ انه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعني المكرى أو المكترى فقال مالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثورى والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل أصله البيع في العين المستاجرة مدة طويلة أعنى انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معاً غلب هاهنا انتقال الملك والابقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بان الاجرة عندهم تستحق جزءاً فجزءاً بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستاجر يستوفي فى ملك الوارث حقاً بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستاجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لا يثبت عليه دين باجماع بعد موته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعند مالك ان ارض المطر اذا اكريت فمنع القحط من زراعتها

اوزرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شئ وعنده ان الكراء الذى يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الرواحل في ايام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت انه ينفسخ الكراء واما إن لم يكن الوقت مقصوداً فانه لا ينفسخ هذا كله عنده في الكراء الذى يكون فى الاعيان فاما الكراء الذى يكون فى الذمة فانه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستاجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف فى الذمة وفروع هذا الباب هى أيضاً كثيرة واصوله هى هذه التي ذكرناها ﴿الفصل الثانى وهو النظر فى الضمان﴾ والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى أو لمكان المصلحة وحفظ الاموال فاما بالتعدى فيجب على المكري باتفاق والخلاف انما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أو لا يوجبه وفى قدره فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع ما فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء فقال الشافعي وأحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار فى ان ياخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدي فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ولا خلاف انها ان تلفت في المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تعدى على المنفعة فلزمه اجرة المثل أصله المتعدى على سائر المنافع وأما مالك فكانه لما حبس الدابة عن اسواقها رأى انه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الاصول الشرعية والاقرب الى الاصول في هذه المسئلة هو قول الشافعى وعند مالك ان عثار الدابة لو كانت عثوراً تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة وأما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استوجر عليه الا أن يتعدى ما عدى حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ما هلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير اجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعي قولان فى المشترك والخاص عندهم هو الذى يعمل في منزل المستاجر وقيل هو الذى لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك فى الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر او بغير اجر وبتضمين الصناع قال على وعمر وان كان قد اختلف عن على فى ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل واجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة واما من فرق بين ان يعملوا باجر او لا يعملوا فلان العامل بغير اجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض اصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك ايضاً من لم ينصب نفسه لم يكن فى تضمينه سد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن الا بالتعدى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ اشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ

ولا

ولا خلاف ان الصناع لا يضمنون مالم يقبضوا في منازلهم واختلف اصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة ام لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة او بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا اجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ماقال ابن المواز ان المصيبة اذا نزلت بالمستاجر فوجب ان لا يمضى عمل الصانع باطلا ووجه ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول المواز اقيس وقول ابن القاسم اكثر نظراً الى المصلحة لانه رآ ان يشتركوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم فى ضمان صاحب السفينة فقال مالك لاضمان عليه وقال ابو حنيفة عليه الضمان الامن الموج واصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما اتى على ايديهم من حرق اوكسر فى المصنوع اوقطع اذا عمله فى حانوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تعزير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ واما الطبيب وما اشبهه اذا اخطأ فى فعله وكان من اهل المعرفة فلا شئ عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفى ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من اهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل فى ماله وقيل على العاقلة

﴿الفصل الثالث﴾ وهو النظر فى الاختلاف وفى هذا الباب أيضاً مسائل : فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن ابى ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه : ومنها اذا ادعى الصناع ردما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع وعلى الصناع البينة لانهم كانوا ضامنين لما فى أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان مادفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرءون الا ببينة واذا اختلف الصانع ورب المتاع فى دفع الاجرة فالمشهور فى المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكري والمكترى او الاجير والمستاجر فى مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب فى ذلك فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستاجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكرى والمستاجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع فى قبضه مثل الدار وما اشبه ذلك وأما مالم يكن فى قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير ومن مسائل المذهب المشهورة فى هذا الباب اختلاف المتكاريين فى الدواب وفى الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلوا ان يكون فى قدر المسافة اونوعها او قدر الكراء اونوعه فان كان اختلافهما فى نوع المسافة اوفى نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين فى نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد اولم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ماقال وان كان اختلافهما فى قدر المسافة فان كان قبل الركوب اوبعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير او بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة فى المسافة ان انتقد وكان يشبه ماقال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على اعظم المسافتين فما جعل منه للمسافة التى ادعاها رب الدابة اعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا فى الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد اولم ينقد لانه مدعي عليه وان اختلفا فى الامرين جميعاً

في المسافة والثمن مثل ان يقول رب الدابة بقرطبة اكتريت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الي اشبيلية فان كان أيضاً قبل الركوب او بعد ركوب لاضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير اوبلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينقد المكترى شيئاً كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويغرم من الثمن مايجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لوكان الكراء به الي اشبيلية وذلك انه اشبه قول المكتري وان لم يشبه ماقال وأشبه ماقال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذى يدعي انه للمسافة الكبرى واشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لايرجع عليه بشئ منه اذهو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هولى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولايقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه مالم يقرب به من المسافة اشبه ماقال اولم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذى اقر به المكترى على المسافة كلها فياخذ رب الدابة من ذلك مانابـ المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجعل

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الابق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين . أحدهما الايضرب لذلك اجلا ، والثانى ان يكون الثمن معلوماً وقال ابوحنيفة لايجوز وللشافعى القولان وعمدة من اجازه قوله تعالى ولمن جاءبه حمل بعير وأنابه زعيم واجماع الجمهور على جوازه في الاباق والسؤال وماجاء في الاثر من اخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياساً على سائر الاجارات ولاخلاف في مذهب مالك أن الجعل لايستحق شئ منه الابتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك واصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل اواجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الابعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى ان حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من اصحابه له قدر مابلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهواجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله وشروطه واحكامه ومحله هوما كان من الافعال لاينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل ولم يات بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقلنا على حكم الجعل أنه اذا لم يات بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير ان يعوضه من عمله باجر وذاك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل اواجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة اوهل هى مما يجوز فيها الجعل او لا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على حفر الابار وقالوا في المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهى عند مالك ان يعطى الرجل ارضه لرجل على ان يغرس فيه عدداً من الثمار معلوماً فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب القراض

ولا

ولاخلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطي الرجل الرجل المال على ان يتجر به على جزء معلوم ياخذه العامل من ربح المال أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً او ربعاً اونصفاً وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرفق بالناس وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعد وان كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجملة على انه لايقترن به شرط يزيد في مجهلة الربح اوفي الغرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لايقتضي وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي احكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم

﴿الباب الاول في محله﴾ أما صفته فقد تقدمت وأنهم اجمعوا عليها : وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على انه لايجوز القراض بالعروض وجوزه ابن ابي ليلى وحجة الجمهور ان رأس المال اذا كان عروضاً كان غرراً لانه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ويرده وهو يساوى قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا وأما ان كان رأس المال مابه يباع العروض فان مالكا منعه والشافعي ايضاً وأجازه أبوحنيفة وعمدة مالك انه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع ان مايبيع به السلعة مجهول فكانه انما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه ان يكون أيضاً انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان مايتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان اعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ولكنه اقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذى جوزه ابن ابى ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه انه يجوز ان يعطى الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على ان يجعلا اصل المال الذى اشتري به الثوب ويشبه أيضاً ان جعل رأس المال الثمن ان يتهم المقارض في تصديقه رب المال بحرصه على اخذ القراض منه واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه اشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن اجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف اسواقها واختلف ايضاً اصحاب مالك في القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم واجازه اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبوحنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز ان يعطيه له قراضاً قبل ان يقبضه اما العلة عند مالك مخافة ان يكون اعسر بماله فهو يريد ان يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون الربا المنهي عنه واما العلة عند الشافعي وابي حنيفة فان مافي الذمة لايتحول ويعود أمانة واختلفوا في من امر رجلا ان يقبض ديناً له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك واصحابه لانه رآه انه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على اصله ان من اشترط منفعة زائدة في القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لانه وكله على القبض لأنه جعل القبض شرطاً في المصارفة فهذا هو القول في محله واما صفته فهي الصفة التي قدمناها

﴿الباب الثاني في مسائل الشروط﴾

وجملة ما لايجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدي عندهم الى غرر او الى مجهلة زائدة ولاخلاف بين العلماء انه اذا اشترط احدهما لنفسه من الربح شيئا زائداً غيرما انعقد عليه القراض ان ذلك لايجوز لانه يصير ذلك الذى

انعقد عليه القراض مجهولا وهذا هو الاصل عند مالك فى الا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولاسلف ولا عمل ولامرفق يشترطه احدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا فى التفصيل فمن ذلك اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال الشافعى لايجوز وقال ابوحنيفة هو قرض لاقراض فمالك رآ انه احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوزله ان ياخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعى رآ انه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شئ ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لايجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة واصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر فى القراض ففسد وأما ابوحنيفة فشبهه بالشرط الفاسد فى البيع على رأيه ان البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع او تعيين جنس ما من البيع اوتعيين موضع ما للتجارة اوتعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعى فى اشتراط جنس من السلع لايجوز ذلك الا ان يكون ذلك الجنس من السلع لايختلف وقتاً ما من اوقات السنة وقال ابوحنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعى رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبوحنيفة استخف الغرر الموجود فى ذلك كما لو اشترط عليه الا يشترى جنساً ما من السلع لكان على شرطه فى ذلك باجماع ولايجوز القراض المؤجل عند الجمهور واجازه ابوحنيفة الا ان يتفاسخا فمن لم يجزه رآان فى ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه فى ذلك ضرر ومن اجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل فى حصته من الربح فقال مالك فى الموطا لايجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعى وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لايدرى كم يكون المال فى حين وجوب الزكاة فيه وتشبيها باشتراط زكاة اصل المال عليه أعنى على العامل فانه لايجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه فى الربح الثلث الا ربع العشر او النصف الا ربع العشر اوالربع الا ربع العشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة راس المال لان ذلك معلوم القدر معلوم النسبة فكان ممكنا ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقارض على رب المال فى المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولايجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا فى اشتراط العامل على رب المال غلاما يعينه على ان يكون للغلام نصيباً من المال فأجازه مالك والشافعى وابو حنيفة وقال اشهب من اصحاب مالك لايجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رآ انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثورى لايجوز وللغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل يكون عنده مجهولا

﴿القول في احكام القراض﴾

والاحكام منها ماهى أحكام القراض الصحيح ومنها ماهى احكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ماهى من موجبات العقد أعنى أنها تابعة

لموجب

لموجب العقد ومختلف فيها هل هى تابعة اوغير تابعة ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم تكن موجبة من نفس العقد مثل التعدى والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول انه أجمع العلماء على ان اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل فى القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا فى القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم ان يأتوا بأمين وقال الشافعى وابوحنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك الزمة بعد الشروع فى العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع فى العمل بما بعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا فى الرجل يدفع الى رجل مالا قراضاً فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض ان يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك هل له ذلك ام لا فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال او دفع رجل مالا قراضاً لرجل فهلك منه جزء قبل ان يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقى عندك قراضاً على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن حبيب من اصحاب مالك انه يلزمه فى ذلك القول ويكون الباقى قراضاً وهذه المسئلة هى من احكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهى من احكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه ام لا على ثلاثة أقوال فقال الشافعى في أشهر اقواله لانفقة له اصلا الا ان يأذن له رب المال وقال قوم له نفقته وبه قال ابراهيم النخعى والحسن وهو أحد ماروى عن الشافعى وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شئ فى الحضر وبه قال مالك وابوحنيفة والثورى وجمهور العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثورى ينفق ذاهباً ولاينفق راجعاً وقال الليث يتغدى فى المصر ولايتعشى وروى عن الشافعى أن له نفقته فى المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور الانفقة له في المرض وحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة فى القراض فلم يجز اصله المنافع وحجة من اجازه ان عليه العمل فى الصدر الاول ومن اجازه فى الحضر شبهه بالسفر واجمع علماء الامصار على انه لايجوز للعامل ان يأخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط في قسمة المال واخذ العامل حصته وانه ليس يكفى فى ذلك ان يقسمه بحضور بينة ولا غيرها

القول في احكام الطوارئ

واختلفوا اذا اخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال او بعضه فقال مالك ان اذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع وقال الشافعى وأبوحنيفة والثورى ما اخذ العامل يرده ويجبر به راس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك. واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل به سلعة ما وقبل ان ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ماشرطا من المقارضة وان شاء تبرأ عنها وقال ابوحنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل الا انه قال يكون راس المال فى ذلك القراض الثمنين ولايقتسمان الربح الا بعد حصوله عيناً اعنى ثمن تلك السلعة التى تلفت اولا والثمن الثانى الذى لزمه بعد ذلك واختلفوا فى بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك واجازه ابوحنيفة على الاطلاق واجازه الشافعى بشرط ان يكونا قد تبايعا بما لايتغابن الناس بمثله ووجه ما كره

من ذلك مالك ان يكون يرخص له فى السلعة من اجل ماقارضه فكان رب المال اخذ من العامل منفعة سوى
الربح الذى اشترط عليه ولا اعرف خلافاً بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق
الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به
فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك مازاد على المال واستغرقه واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع
مال القراض فقال مالك ذلك لايجوز وقال الشافعى وأبوحنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة
مالك انه كما لايجوز ان يستدين على المقارضة كذلك لايجوز ان ياخذ ديناً فيها واختلفوا هل للعامل ان يبيع بالدين اذا
لم يامره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة له ذلك والجميع
متفقون على أن العامل انما يجب له ان يتصرف في عقد القراض مما يتصرف فيه الناس غالباً فى اكثر الاحوال فمن
رآ أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس فى الاغلب لم يجزه ومن رآ أنه مما يتصرف فيه الناس اجازه
واختلف مالك والشافعي وأبوحنيفة والليث فى العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء
كلهم ماعدى مالكا هو تعد ويضمن وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع
العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون
للذى عمل شرطه على الذى دفع اليه فيوفيه حظه مما بقي من المال وقال المزنى عن الشافعى ليس له الا اجرة مثله
لانه عمل على فساد

القـــــول فى حكم القراض الفاسد

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه مالم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل ما
يكون للعامل فيه فى واجب عمله على اقوال . أحدها انه يرد جميعه الي قراض مثله وهى رواية ابن الماجشون عن مالك
وهو قوله وقول اشهب . والثاني انه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعى وابوحنيفة وعبدالعزيز بن ابى سلمة
من اصحاب مالك وحكى عبدالوهاب انها رواية عن مالك . والثالث انه يرد الى قراض مثله مالم يكن اكثر مما سماه
وانما له الاقل مما سمى او من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض او الاكثر من قراض مثله
او من الجزء الذى سمى له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذى يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض
وهذا القول يخرج رواية عن مالك . والرابع انه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها احد المتقارضين على صاحبه
فى المال مما ليس ينفرد احدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله فى كل منفعة اشترطها احد المتقارضين خالصة لمشترطها
مما ليست فى المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ
واختاره ابن حبيب وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر قال ان فيها اجرة
المثل وفى بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس فى تاويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق
الذى ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدي رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل
قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه اجرة المثل الا تلك التى نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض
بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى اجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك فى المال شركا
واذا اختلف المتقارضان واتيا بما لايشبه تحالفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشترى به الا بالدين فاشترى
بالنقد او على ان لا يشترى الا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما امر به وهذه المسائل يجب ان ترد

الى

الى علة واحدة والا فهو اختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها احدهما على الاخر رد الى اجرة المثل والاشبه ان يكون الامر فى هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح اولم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شئ له

﴿فى اختلاف المتقارضين﴾ واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده فى جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتي بما لا يشبه وقال ابو حنيفة واصحابه القول قول رب المال وبه قال الثورى وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له اجرة مثله * وسبب اختلاف مالك وابى حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعي عليه هل ذلك لانه مدعي عليه اولانه فى الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة فى الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة وهذا كاف فى هذا الباب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب المساقات﴾

القول فى المساقات اما اولا ففى جوازها والثاني فى معرفة الفساد والصحة فيها والثالث فى احكامها

﴿القول فى جواز المساقات﴾ فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا ابى حنيفة واحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ومن الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لاتجوز المساقات اصلا وعمدة الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وارضها على أن يعملوها من اموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها خرجه البخاري ومسلم وفى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وما رواه مالك ايضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما اقركم الله على ان الثمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار فى معناه وأما ابو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون اقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون اقرهم على انهم ذمة الا انا اذا انزلنا انهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه بيع ما لم يخلق وأيضاً فانه من المزابنة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى واضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهى الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة هى كراء الارض ببعض مايخرج منها قالوا ومما

يدل على نسخ هذا الحديث اوأنه خاص باليهود ماورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضاً فى بعض روايات احاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعنى بما جاء من انه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وهى زيادة صحيحة وقال بها اهل الظاهر

﴿القول في صحة المساقاة﴾

والنظر في الصحة راجع الى النظر فى اركانه وفى وقتها وفى شروطها المشترطة فى اركانها واركانها اربعة المحل المخصوص بها والجزء الذى تنعقد عليه وصفة العمل الذى تنعقد عليه والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها

﴿الركن الاول فى محل المساقاة﴾ واختلفوا فى محل المساقاة فقال داود لاتكون المساقاة الا فى النخل فقط وقال الشافعى فى النخل والكرم فقط وقال مالك يجوز فى كل اصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما اشبه ذلك من غير ضرورة ويكون فى الاصول غير الثابتة كالمقاثى والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولاتجوز في شئ من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه اجازها فيه اذا نبتت قبل ان تستقل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب الايتعدي بها محلها الذى جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك اسباب أعم من الاشياء التى علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على اصوله مطردة : وأما الشافعى فانما اجازها في الكرم من قبل ان الحكم فى المساقاة هو بالخرص وقد جاء فى حديث عتاب بن اسيد الحكم بالخرص فى النخل والكرم وان كان ذلك فى الزكاة فكانه قاس المساقاة فى ذلك على الزكاة والحديث الذى ورد عن عتاب بن اسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيباً كما تؤدى زكاة النخل تمراً ودفع داود حديث عتاب بن اسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمان بن اسحاق وليس بالقوى . واختلفوا اذا كان مع النخل ارض بيضاء اومع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل او بجزء من النخل وبجزء ممايخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا ابي حنيفة والليث واحمد والثورى وابن ابي ليلي وجماعة وقال الشافعي واهل الظاهر لاتجوز المساقاة الا في الثمر فقط واما مالك فقال اذا كانت الارض تبعاً للثمر وكان الثمر اكثر ذلك فلا باس بدخولها في المساقاة اشترط جزءاً خارجا منها اولم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فمادونه اعني ان يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فمادونه ولم يجز ان يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعى ذلك جائز وحجة من اجاز المساقاة عليهما جميعاً اعني على الارض بجزء ممايخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ماروى من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال احمد بن حنبل احاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر اصح واما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبني على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لايفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم فى المساقاة في البقل فاجازها مالك والشافعى واصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة في البقل وإنما اجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقي عليه اعمال آخر مثل الابار وغير ذلك واما الليث فيرى ان السقى بالماء هو الفعل الذى ينعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها

﴿ الركن الثاني ﴾ واما الركن الذى هو العمل فان العلماء بالجملة اجمعوا على ان الذى يجب على العامل هو السقي والابار واختلفوا فى الجذاذ على من هو وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية اما مالك فقال فى الموطا السنة في المساقاة التي تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا واشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل ان يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ويمكن ان يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد وقال الشافعى ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس مايؤثر فى زيادة الثمرة مثل الابار والسقى وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السوانى والانهار واما الجذاذ فقال مالك والشافعى هو على العامل الا ان مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز وقال الشافعى لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال محمد بن الحسن الجذاذ بينهما بنصفين وقال المحصلون من اصحاب مالك ان العمل في الحائط على وجهين عمل ليس له تاثير فى اصلاح الثمر وعمل له تاثير فى اصلاحها والذى له تاثير في اصلاحها منه مايتابد ويبقى بعد الثمر ومنه مالا يبقى بعد الثمر فاما الذى ليس له تاثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقات لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشئ اليسير منه واما ما له تاثير فى اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفر بير أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر وأما ماله تاثير فى اصلاح الثمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ماكان فى الحائط من الدواب والعبيد انه ليس من حق العامل واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقى فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبل المساقاة واما ان اشترط فيها مالم يكن فى الحائط فلا يجوز وقال الشافعى لا باس بذلك وان لم يكن فى الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك وقال محمد بن الحسن لا يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما يلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازه رآ ان ذلك تافه ويسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط فى وقت المساقاة ومنعه في غيرهم لان اشتراط المنفعة فى ذلك اظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة

﴿ الركن الثالث ﴾ وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من اجزاء الثمر فاجاز مالك ان تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل فى القراض وقد قيل ان ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على انه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل ان يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئا من الاشياء الخارجة عن المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام فى خيبر وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على ان القسمة بين العامل والمساقى فى الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك فى الشركة وانها لا تجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز فى غير ذلك وقيل يجوز

باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور انذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص في الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ماجاء من الخرص في مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار

الركن الرابع

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترط في جواز المساقاة ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المجدد لمدتها فاما الوقت المشترط في جواز عقدها فانهم اتفقوا على انها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة الى أنه لا يجوز بعد الصلاح وقال سحنون من أصحاب مالك لا باس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه انها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور ان مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا الضرورة الداعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت قالوا وانما هي اجارة ان وقعت وحجة من اجازها انه اذا جازت قبل ان تخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعنى عند الجمهور وأما الوقت الذى هو الشرط في مدة المساقاة فان الجمهور على أنه لا يجوز ان يكون مجهولا أعنى مدة غير موقتة وأجاز طائفة ان يكون الى مدة غير موقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الغرر قياساً على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم على ما أقركم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجذ لا بالاهلة وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلفوا في ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها الا تنعقد الا بلفظ المساقاة وانه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون

القول في احكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذى ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقى أن ياتوا بامين يعمل وان لم يكونوا امناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته وقال الشافعي اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال اجرة ما عمل وفسد العقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة وقال الشافعي تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له ان يساقى غيره ووجب عليه ان يستاجر من يعمل وان لم يكن له شئ استوجر من حظه من الثمر واذا كان العامل لصاً أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعي انه قال يلزمه ان يقيم غيره للعمل وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل استاجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك ان يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمن فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن ومن اصله ان اليمين تجب على اقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التى ذكرناها

احكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على ان المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذى جوزها الشرع انها تنفسخ ما لم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل انها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من انواع الفساد وهو قياس

قول

قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك واما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف التاويل عنه في ذلك فقيل في مذهبه انها ترد الى اجارة المثل الا في اربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها ؛ إحداها المساقاة في حائط فيه تمر قد اطعم ، والثانية اذا اشترط المساقي على رب المال ان يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة : والرابعة اذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل ان الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل مادخلها من الاجارة الفاسدة او من بيع الثمر من قبل ان يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة ردفيها الى اجرة المثل مثل ان يساقيه على ان يزيد احدهما صاحبه دنانير اودراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل ان يخلق وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله مالم يكن اكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان الشرط للمساقي اواقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب الشركة﴾

والنظر في الشركة في انواعها وفي اركانها الموجبة للصحة وفي الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على اربعة انواع . شركة العنان . وشركة الابدان : وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سياتي بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها

﴿القول في شركة العنان﴾

واركان هذه الشركة ثلاثة . الاول محلها من الاموال . والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه ، والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال

﴿الركن الاول﴾

وأما محل الشركة فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير والدراهم وان كانت في الحقيقة بيعاً لاتقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعني في الشركة وكذلك اتفقوا فيما اعلم على الشركة يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من احدهما والدراهم من الاخر وبالطعام الربوي اذا كان صنفاً واحداً فهاهنا ثلاث مسائل

﴿المسئلة الاولى﴾

فاما اذا اشتركا في صنفين من العروض او في عروض ودراهم او دنانير فاجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك ان يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزءاً من عرضه بجزء من العرض الاخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لا تنعقد الشركة الاعلي اثمان العروض وحكى ابو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى

أن الشركة مثل القراض لاتجوز الابالدراهم والدنانير قال والقياس ان الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما ان كان الصنفان ممالايجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الاخر اوبالطعامين المختلفين فاختلف فى ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لمايدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الاخر من الشركة والصرف معاً وعدم التناجز والصرف معاً وعدم التناجز ولمايدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياساً على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب اوالفضة ومنعها مالك فى احد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة التي يدخل فيه اذا رآ أن الاصل هو الايقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء في القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء فى الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لايكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم فى جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط اولايختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطا اما حساً واما حكماً مثل ان يكونا فى صندوق واحد وايديهما مطلقة عليهما وقال الشافعى لاتصح الشركة حتي يخلطا ماليهما خلطاً لايتميز به مال احدهما من مال الاخر وقال ابو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فابو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك الاشتراط فى التصرف فى المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقه ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه

﴿ فاما الركن الثانى ﴾ وهو وجه اقسامهما الربح فانهم اتفقوا علي أنه اذا كان الربح تابعاً لرؤوس الاموال أعنى ان كان اصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤوس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعى ذلك لايجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكانه لو اشترط أحدهما جزءاً من الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزءاً من الربح خارجا عن ماله وربماشبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين أعنى ان المنفعة بينهما تكون على نسبة اصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك انه لما جاز فى القراض ان يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الا عملا فقط كان فى الشركة احرى ان يجعل للعمل جزءاً من المال اذا كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك ﴿ وأما الركن الثالث ﴾ الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند ابى حنيفة يعتبر مع المال وأظن ان من العلماء من لايجيز الشركة الا ان يكون مالاهما متساويين التفاتا الى العمل فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستويا فاذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل صاحبه من نوعه أعنى دراهم اودنانير ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحداً لايتميز على ان يبيعا ويشتريا مارأيا من انواع التجارة وعلى ان ما كان من فضل فهو بينهما

بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على ان فيه خلافا والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركاء ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه

﴿ القـــــول فى شركة المفاوضة ﴾ واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وابو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعي لا يجوز ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع انواع المتملكات وعمدة الشافعى ان اسم الشركة انما ينطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة الا باشتراك اصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يديه والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعاً ووكالة وأما أبو حنيفة فهو هاهنا على اصله فى انه لا يراعي فى شركة العنان الا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فان ابا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى فى رؤوس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان وقال ابو حنيفة لا يكون لاحدهما شىء الا ان يدخل فى الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الامرين أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما

﴿ القـــــول في شركة الابدان ﴾ وشركة الابدان بالجملة عند ابي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعى وعمدة الشافعي أن الشركة انما تختص بالاموال لا بالاعمال لان ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنيمة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من ان ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما وايضاً فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز ان تنعقد عليه الشركة وللشافعى ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه ان يكون حكم الغنيمة خارجاً عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال ابو حنيفة يجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر التى تكون عند اختلاف الصنعتين او اختلاف المكان وعمدة ابي حنيفة جواز الشركة على العمل

﴿ القول فى شركة الوجوه ﴾ وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة وقال ابو حنيفة هى جائزة وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعى ان الشركة انما تتعلق على المال او على العمل وكلاهما معدومان فى هذه المسئلة مع ما فى ذلك من الغرر لان كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وابو حنيفة يعتمد انه عمل من الاعمال فجاز ان تنعقد عليه الشركة

﴿ القول فى احكام الشركة الصحيحة ﴾ وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة اى لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهى عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقاربا فى العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له ان يهب شيئاً من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفاً يرى انه نظر

لهما واما من قصر فى شئ أو تعدى فهو ضامن مثل ان يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر اذ لم يشهد وله ان يقبل الشئ المعيب في الشراء واقرار احد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لا يجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن احد الشريكين ماذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الاباذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه فى مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآ له وصحبه وسلم تسليما

كتاب الشفعة

والنظر فى الشفعة اولا فى قسمين * القسم الاول فى تصحيح هذا الحكم وفى اركانه * القسم الثاني فى احكامه

القسم الاول

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد فى ذلك من الاحاديث الثابتة الا مايتامل على من لايرى بيع الشقص المشاع واركانها اربعة * فى الشافع * والمشفوع عليه * والمشفوع فيه * وصفة الاخذ بالشفعة

الركن الاول

وهو الشافع ذهب مالك والشافعى واهل المدينة الى ان لاشفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال اهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت فى الطرق اوفى الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال اهل المدينة لاشفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة اهل المدينة مرسل مالك عن ابى شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمان وسعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر ايضاً ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهرى عن أبي سلمة بن عبد الرحمان عن مالك أصح ماروى فى الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب الى اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفاً وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب فى اسناده توهيناً له وقد روي عن مالك فى غير الموطا عن ابن شهاب عن ابى هريرة ووجه استدلالهم من هذا الأثر ماذكر فيه من انه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهى أحرى ألا تكون واجبة للجار وأيضاً فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة اهل العراق حديث ابن رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الجار احق بصقبه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه السلام انه قال جار الدار احق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضاً انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجوداً فى الجار وجب ان يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه فى الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى ألا يخرج ملك احد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار فى هذا الباب فوجب أن يرجح ماشهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة

الركن الثاني

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها في ثلاثة انواع أحدها مقصود

وهو

وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين والثاني مايتعلق بالعقار مما هو ثابت لاينتقل ولايحول وذلك كالبير ومحال النخل مادام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو ان يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم والثالث ما تعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا واما ماعدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لاشفعة عنده فى الطريق ولافى عرصة الدار واختلف عنه فى اكرية الدور وفى المساقات وفى الدين هل يكون الذى عليه الدين احق به وكذلك الذى عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين وبه قال اشهب من اصحاب مالك وقال ابن القاسم لاشفعة فى الدين ولم يختلفا فى إيجابها فى الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار على ألا شفعة الا فى العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة فى كل شئ ماعدى المكيل والموزون ولم يجز ابو حنيفة الشفعة في البير والفحل وأجازها فى العرصة والطريق ووافق الشافعي مالكا في العرصة وفى الطريق وفى البير وخالفاه جميعاً فى الثمار وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ماورد فى الحديث الثابت من قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكأنه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد اجمع عليه فى هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به وأما عمدة من اجازها فى كل شئ فما خرجه الترمذى عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة فى كل شئ ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شئ وان كان فى العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى مايتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البير بماروى لاشفعة فى بير ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الارض الموات لا التى تكون فى ارض متملكة

الركن الثالث

وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أن من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم اومن جار عند من يرى الشفعة للجار واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض او بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدى الميراث فانه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق واما الحنفية فالشفعة عندهم فى المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضى انها فى المبيعات بل ذلك نص فيها لان فى بعضها فلا يبيع حتى يستاذن شريكه واما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو فى معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند ابي حنيفة ولا الشافعي اما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده فى المبيع فقط واما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطل وأما مالك فلا خلاف عنده وعند اصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لاتجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشترى فقال الشافعى والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من اصحاب مالك واختلف فى الشفعة في المساقاة وهى تبديل أرض بارض فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها في الاشراك ورآها فى الاجانب

الركن الرابع فى الاخذ بالشفعة

والنظر فى هذا الركن بماذا ياخذ الشفيع وكم ياخذ ومتى ياخذ فامابماذا ياخذ فانهم اتفقوا على أنه اذا ياخذ فى البيع بالثمن ان كان مالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل ياخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو ياخذ المبيع بالثمن حالا أوهو مخير فقال مالك ياخذه بذلك الاجل اذا كان ملياً أو ياتى بضامن ملى وقال الشافعى الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفين وقال الثورى لاياخذها الابالنقد لانها قد دخلت فى ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقي فى يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات ممـا ليس ببيع فالمعلوم عنهم انه ياخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى فى خلع واماان يكون معطى فى شئ يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه ياخذه بقيمة ذلك الشئ الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشئ محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك العدد مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه ياخذه بدية الموضحة أو المنقلة وأما كم ياخذ فان الشفيع لايخلوا أن يكون واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لايخلوا أن يكون واحداً أو أكثر فاما ان كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف فى ان الواجب على الشفيع أن ياخذ الكل أو يدع وأما اذا كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما فى كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم والثانى اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لامثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذى ورثوه لانهم أهل سهم واحد وبعضهم لانهم عصبة

﴿ فاما المسئـلة الاولى ﴾

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعى وجمهور أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤوس على السواء وسواء فى ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الاصل اصله الاكرية فى المستاجرات المشتركة والربح فى شركة الاموال وأيضاً فان الشفعة انما هى لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك فيستوي فى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم فى نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعنى حظ من لم يعتق

﴿ واما المسئـلة الثانية ﴾

فان الفقهاء اختلفوا فى دخول الاشتراك الذين هم عصبة في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك اهل السهم الواحد احق بالشفعة اذا باع احدهم من الاشتراك معهم في المال من قبل التعصيب وانه لايدخل ذوو العصبة في الشفعة على أهل السهام المقدرة ويدخل ذوالسهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقارا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هى التي تشفع في ذلك الحظ الذى باعته أختها فقط دون ابنى العم وان باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لايدخـل ذوالسهام على العصبات ولا العصبات على ذوي الاسهام ويتشافع أهـل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعى في أحد قوليه يدخل ذوالسهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام وهو الذي اختاره المزني وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم

يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رآ ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوي السهام و بين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رآ ان ذوى السهام اقعد من العصبة واما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثانى فقال ابن القاسم اما ان ياخذ الكل اويدع وقال ابو حنيفة واصحابه والشافعى له ان يشفع على ايهما احب وبه قال اشهب فاما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثاني فان اباحنيفة منع ذلك وجوزه الشافعى واما اذا كان الشافعون اكثر من واحد اعنى الاشراك فاراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقى في البيوع فالجمهور على ان للمشترى ان يقول للشريك اما ان تشفع في الجميع اوتترك وانه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشترى على ذلك وانه ليس له ان يبعض الشفعة على المشترى ان لم يرض بتبعيضها وقال اصبغ من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقاً للمشترى لم يكن للشفيع الا ان ياخذ حصته فقط ولا خلاف في مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً فاراد الحاضر ان ياخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الا ان ياخذ الكل اويدع فاذا قدم الغائب فان شاء اخذ وان شاء ترك واتفقوا على ان الاخذ بالشفعة واجب اذا كانت الشركة قبل البيع وفي حال البيع واختلفوا اذا لم تكن موجودة اوكانت ثابتة بعد البيع فاما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكا فى حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخي عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى اشهب ان قول مالك اختلف في ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار اشهب انه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهه الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه فى اثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه

واما المسئـــــلة الثالثة

فصورتها ان يستحق انسان شقصاً في ارض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما هل له ان ياخذ بالشفعة ام لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق فى ذلك كانت يده عليه اولم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى انه لا ياخذ الغلة من المشترى فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استجسان واما متى ياخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر اوغائب فاما الغائب فاجمع العلماء على ان الغائب على شفعته مالم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر انه قال الجار احق بصقبه اوقال بشفعته ينتظر بها اذا كان غائباً وأيضاً فان الغائب فى الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثانى ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها واما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا فى وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعي وأبو حنيفة هى واجبة له علي الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته الأ أن أباحنيفة قال ان اشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخي واما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله فى هذا الوقت هل هو محدود ام لا فمرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع ابداً الا ان يحدث المبتاع بناء اوتغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد

هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل اكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لاتنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعى بما روى انه عليه السلام قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعى ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على السكوت لايبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله مايدل على اسقاطه وكان هذا أشبه باصول الشافعى لان عنده انه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما احسب اعتمد الاثر فهذا هو القول فى اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول فى الاحكام

القسم الثانى

القول فى احكام الشفعة

وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى انه لايورث كما انه لايباع وذهب مالك والشافعى واهل الحجاز الى انها موروثة قياساً على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف فى هذه المسائل فى مسئلة الرد بالعيب ومنها اختلافهم فى عهدة الشفيع هل هي على المشترى أو على البائع فقال مالك والشافعى هى على المشترى وقال ابن أبى ليلى هي على البائع وقال مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر ان الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لاتبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ اعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع فى الاقالة فقال ابن القاسم على المشترى وقال اشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشترى بناء اوغرساً اومايشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعته فقال مالك لاشفعة الا ان يعطى المشترى قيمة مابنى وما غرس وقال الشافعى وأبو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا اوياخذه بنقضه * والسبب فى اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذى يطرا عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان ياخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدى قال له ان ياخذه بنقضه او يعطيه قيمته منقوضاً ومنها اختلافهم اذا اختلف المشترى والشفيع فى مبلغ الثمن فقال المشترى اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشترى لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشترى قد أقر له بوجوب الشفعة وادعي عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به واما اصحاب مالك فاختلفوا فى هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا اتى بما يشبه باليمين فان اتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا اتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد فى الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل اذا أتي المشترى بما لايشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا اتى كل واحد منهما بما لايشبه واختلفوا اذا اتى كل واحد منهما ببينة وتساوت فى العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معاً ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشترى مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشترى لانها زادت علما

بسم الله

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب القسمة﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى واذا حضر القسمة اولوا القربى وقوله مما قل منه اوكثر نصيباً مفروضاً وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما دار قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وايما دار ادركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام *والنظر فى هذا الكتاب . فى القاسم . والمقسوم عليه ، والقسمة *والنظر فى القسمة فى ابواب * الباب الاول فى انواع القسمة * الثانى فى تعيين محل نوع نوع من انواعها اعنى مايقبل القسمة وما لايقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها اعنى فيما يقبل القسمة * الثالث فى معرفة احكامها

﴿الباب الاول﴾

والنظر فى القسمة ينقسم اولا الى قسمين * قسمة رقاب الاموال * والثاني منافع الرقاب

﴿القسم الاول من هذا الباب﴾

فاماقسمة الرقاب التي لاتكال ولاتوزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة اقسام * قسمة قرعة وتعديل *وقسمة مراضاة بعد تعديل *وقسمة مراضات بغير تقويم ولاتعديل واما مايكال اويوزن فبالكيل والوزن

﴿القسم الثاني﴾

واما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة اقسام *ما لاينقل ولايحول وهى الرباع والاصول *وماينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض واما مكيل او موزون ففى هذا الباب ثلاثة فصول ، الاول فى الرباع : والثانى فى العروض : والثالث فى المكيل والموزون

﴿الفصل الاول﴾

فاما الرباع والاصول فيجوز ان تقسم بالتراضى وبالسهمة اذاعدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقاً مجملا وان كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه والقسمة لاتخلوا ان تكون فى محل واحد اوفى محال كثيرة فاذا كانت فى محل واحد فلا خلاف فى جوازها اذا انقسمت الى اجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك وأما اذا انقسمت الى ما لامنفعة فيه فاختلف فى ذلك مالك واصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الامالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من اصحابه فقط وهو قول ابى حنيفة والشافعى وعمدتهم فى ذلك قوله تعالى مماقل منه اوكثر نصيباً مفروضاً وقال ابن القاسم لايقسم الاان يصير لكل واحد فى حظه ماينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة وان كان لايراعى فى ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ماينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك اوكانت اقل وقال مطرف من اصحابه ان لم يصر فى حظ كل واحد ماينتفع به لم يقسم وان صار فى حظ بعضهم ما ينتفع به وفى حظ بعضهم مالاينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أوالكثير وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ولايجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة اخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك احد الشريكين وبه قال اشهب وقال ابن القاسم لايقسم وهو قول الشافعى فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولاضرار وعمدة من رأ القسمة قوله تعالى مما قل منه اوكثر نصيباً مفروضاً ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه لاتعضية على أهل الميراث الا ماحمل القسم والتعضية التفرقة يقول لاقسمة بينهم واما اذا كانت الرباع اكثر من واحد فانها لاتخلوا ايضاً ان تكون من نوع واحد اومختلفة الانواع فاذا كانت متفقة

الانواع فان فقهاء الامصار فى ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة
وقال ابو حنيفة والشافعى بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة
وعمدة الفريق الثانى ان كل عقار تعينه بنفسه لانه تتعلق به الشفعة واختلف اصحاب مالك اذا اختلفت الانواع
المتفقة فى النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة اقوال واما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها
حوائط ومنها ارض فلا خلاف انه لا يجمع في القسمة بالسهمة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة ألا تقسم مع الثمرة
اذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر وذلك مزابنة واما قسمتها قبل بدو
الصلاح ففيه اختلاف بين اصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال ويعتل لذلك لانه
يؤدى الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقدا
واما ان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط ان يشترط احدهما على الاخر ان ما وقع هذا الثمر فى نصيبه فهو
داخل فى القسمة وما لم يدخل فى نصيبه فهم فيه على الشركة والعلة فى ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد
الابار ولا يجوز قبل الابار فكان احدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من
الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة ان تقسم الفريضة وتحقق وتضرب وان كان في
سهامها كسر الى ان يصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على اقل السهام بالقيمة
فربما عدل جزء من موضع ثلاثة اجزاء من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه
الصفات وعدلت كتبت في بطائق اسماء الاشراك واسماء الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها وقيل يرمى
بالاسماء فى الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها فان كان اكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه فهذه
هى حال قرعة السهم فى الرقاب والسهمة انما جعلها الفقهاء فى القسمة تطيباً لنفوس المتقاسمين وهى موجودة
في الشرع فى مواضع منها قوله تعالى فساهم فكان من المدحضين وقوله وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم ايهم
يكفل مريم ومن ذلك الاثر الثابت الذى جاء فيه ان رجلا اعتق ستة اعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق واما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم او بغير تقويم وتعديل
فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم في البيوع

﴿ الفصل الثانى فى العروض ﴾

واما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على
انه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريكان فى العين الواحدة منهما ولم
يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع واراد احدهما ان يبيع صاحبه معه فقال مالك واصحابه يجبر على ذلك فان اراد احدهما
ان يأخذه بالقيمة التي اعطى فيها اخذه وقال اهل الظاهر لا يجبر لان الاصول تقتضى الا يخرج ملك احد عن يده
الا بدليل من كتاب او سنة او إجماع وحجة مالك ان في ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا
في غير ما موضع انه ليس يقول به احد من فقهاء الامصار الا مالك ولكنه كالضرورى فى بعض الاشياء واما اذا
كانت العروض اكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة
فاجازها مالك واصحابه فى الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون واختلف اصحاب
مالك فى تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في

بعض واما ابن القاسم فاضطرب فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمة اخف من السلم ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل ان مذهبه ان القسمة في ذلك اخف وان مسائله التي يظن من قبلها ان القسمة عنده اشد من السلم تقبل التاويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب الى انه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان وأجاز اشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضي وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز بالتراضي

الفصل الثالث

فاما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمي والمكيل أيضاً لا يخلوا ان يكون صبرة واحدة اوصبرتين فزائداً فان كان صنفاً واحداً فلا يخلوا ان يكون قسمة على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي علي التفضيل البين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالمكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن واما ان كانت قسمته تحريا فقيل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريا واما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لان أصل مذهبه ان يحرم التفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير وأما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة أعني على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب علي جهة الرضا واما في واجب الحكم فلا تقسم كل صبرة الا على حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب

القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع

فاما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من اباها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر علي قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهاياة وذلك اما بالازمان واما بالاعيان واما قسمة المنافع فهو ان ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه واما قسم الاعيان بان يقسما الرقاب على ان ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديده المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول اولا ينقل ولا يحول فاما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة وذلك في الاغتلال والانتفاع واما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد واما الاستخدام فقيل يجوز في مثل الخمسة الايام وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلا واما التهايؤ في الاعيان بان يستعمل هذا داراً مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقيل يجوز في سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء الا في الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالازمان وكذلك القول في

استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان فهذا هو القول فى أنواع القسمة في الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقي من هذا الكتاب القول فى الاحكام

القــــول فى الاحكام

والقسمة من العقود اللازمة لايجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها الا بالطواريء عليها والطوارىء ثلاثة غبن أووجود عيب أو استحقاق فاما الغبن فلا يوجب الفسخ الافي قسمة القرعة باتفاق في المذهب الاعلى قياس من يرى له تاثيراً فى البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر فى القسمة واما الرد بالعيب فانه لا يخلوا على مذهب ابن القاسم ان يجد العيب فى جل نصيبه أوفي أقله فان وجده فى جل نصيبه فانه لا يخلوا أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى أصلها وان كان العيب فى أقل ذلك رد ذلك الاقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع فى شيء ممـا فى يديه وان كان قائمـاً بالعيب وقال أشهب والذى يفيت الرد قد تقدم فى كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن المـاجشون وجود العيب يفسخ القسمــة التى بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضى لان التى بالتراضى هى بيع واما التى بالقرعة فهى تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب ان تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما فى يديه وان كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة مافى يديه وان كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء وقال محمد اذا استحق مافى يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لانه قد تبين ان القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون فى العيب واما اذا طرأ على المـال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث فان أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فاما ان طرأ الدين قيل فى المشهور فى المذهب وهو قول ابن القاسم ان القسمة تنتقض الا ان يتفق الورثة على ان يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بايديهم أو لم تكن هلكت بامر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضاً ان القسمة انمـا تنتقض بيد من بقي فى يده حظه ولم تهلك بامر من السماء واما من هلك حظه بامر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين ولا يرجع هو على الورثة بمـا بقى بايديهم بعد اداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولابد لحق الله تعالى لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين وقيل بل تنتقض الا فى حق من اعطى منه ما ينوبه من الدين وهكــذا الحكم فى طرو المــوصى له على الورثة واما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل ان يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة واخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا او موزونا وان كان حيوانا او عروضاً انتقضت القسمة وهــل يضمن كل واحد منهم ما تلف فى يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لايضمن

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمــد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الرهون

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة والنظر فى هذا الكتاب فى الاركان وفى الشروط وفي الاحكام والاركان هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن

الركن الاول فاما الراهن فلاخلاف أن من صفته ان يكون غير محجور عليه من اهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سداداً ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعى يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب قال سحنون فان ارتهن فى مال اسلفه لم يجز وبه قال الشافعى واتفق مالك والشافعى على أن المفلس لايجوز رهنه وقال ابوحنيفة يجوز واختلف قول مالك فى الذى احاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم املا يلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل ان يفلس والخلاف آئل الى هل المفلس محجور عليه أم لا وكل من صح ان يكون راهناً صح ان يكون مرتهناً **الركن الثاني**

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط . الاول ان يكون عيناً فانه لايجوز ان يرهن الدين : الثاني الا يمتنع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولايقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع . الثالث ان تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرتهن مالا يحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والتمر لم يبد صلاحه ولايباع عنده فى اداء الدين الااذا بدا صلاحه وان حل اجل الدين وعن الشافعى قولان فى رهن التمر الذى لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال ابو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن ان يكون مالكا للراهن لاعند مالك ولاعند الشافعى بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعاراً : واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره فى يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم اقره المغصوب منه فى يده رهناً فقال مالك يصح ان ينقل الشئ المغصوب من ضمان الغصب الي ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشئ المغصوب رهناً فى يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعى لايجوز بل يبقي على ضمان الغصب الاان يقبضه واختلفوا في رهن المشاع فمنعه ابوحنيفة وأجازه مالك والشافعي . والسبب فى الخلاف هل تمكن حيازة المشاع املا تمكن **الركن الثالث** وهو الشئ المرهون فيه وأصل مذهب مالك فى هذا أنه يجوز ان يوخذ الرهن فى جميع الاثمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال فى السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلايجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من اهل الظاهر لايجوز اخذ الرهن الافى السلم خاصة أعنى فى المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين فى المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال فى اول الآية يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمي فاكتبوه ثم قال وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فعلى مذهب مالك يجوز اخذ الرهن فى السلم وفى القرض وفى الغصب وفي قيم المتلفات وفى اروش الجنايات فى الاموال وفى الجراح العمد الذى لاقود فيه كالمامومة والجائفة وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيتخرج فى جواز اخذ الرهن في الدية فيها اذا عفى الولي قولان . أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بان الولى مخير فى العمد بين الدية والقود ، والقول الثاني أن ذلك لايجوز وذلك أيضاً مبنى على أن ليس للولى الا القود فقط اذا ابي الجاني من اعطاء الدية ويجوز فى قتل الخطا اخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيما لا يضمن ويجوز اخذه فى الاجارات ويجوز فى الجعل بعد العمل ولايجوز قبله ويجوز الرهن فى المهر ولايجوز فى الحدود ولافى القصاص ولا فى الكتابة وبالجملة

فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث . أحدها ان يكون ديناً فانه لا يرهن في عين . والثاني ان يكون واجباً فانه لا يرهن قبل الوجوب مثل ان يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك . والثالث الا يكون لزومه متوقعاً ان يجب والا يجب كالرهن في الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

﴿ القـــول في الشروط ﴾ وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد . فاما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونه رهناً فشرطان ، أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض ، والثاني مختلف في اشتراطه فاما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة واختلفوا هل هو شرط تمام او شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا ان يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن او يمرض او يموت فذهب مالك الى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر الى انه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى فرهان مقبوضة وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن الا ان لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ولا يجوز أهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدي عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية او وديعة او غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى فرهان مقبوضة وجود القبض واستدامته والشافعي يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض في صحة العقد ان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة الا يشترط الاستدامة واتفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى وإن كنتم على سفر الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو ان يرهن الرجل رهناً على أنه ان جاء بحقه عند اجله وإلا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن

﴿ القـــول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام ﴾

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه والي معرفة اختلافهما في ذلك وذلك اما من نفس العقد واما لامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق اما حق المرتهن في الرهن فهو ان يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يات به عند الاجل كان له ان يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائباً وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه أعني انه اذا رهنه في عدد ما فادى منه بعضه فان الرهن باسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد

المرتهن

المرتهن بقدر ما بقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوساً بكل جزء منه اصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه اصله الكفالة ﴿ ومن مسائل هذا الباب المشهورة ﴾
اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة فى الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم الى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شئ منه فى الرهن أعنى الذى يحدث منه في يد المرتهن وممن قال بهذا القول الشافعى وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل فى الرهن وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل فى الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل فى الرهن كان متولداً عنه كتمر النخل او غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رآ أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه السلام الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهناً فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضاً ان يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى في ذلك ان اجرة ظهره لربه ونفقته عليه واستدلوا ايضاً بعموم قوله عليه السلام الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولانه نماء زائد على ما رضيه رهناً فوجب ألا يكون له الا بشرط زائد وعمدة ابى حنيفة ان الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم امه فى التدبير والكتابة واما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم امه فى البيع اى هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد فى ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الاصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيواناً فللمرتهن ان يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول احمد واسحاق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه السلام انه قال الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فمنهم من رآ ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته اوقيمة الدين وبه قال ابو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت اوكثرت وانه ان فضل للراهن شئ فوق دينه اخذه من المرتهن وبه قال على بن أبى طالب وعطاء واسحاق وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعى وعثمان البتى الا أن مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه لا يضمن وقال الاوزاعي وعثمان البتى بل يضمن على كل حال قامت بينة اولم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعي قال أشهب وعمدة من جعله امانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الراهن امانته فأشبه المودع عنده وقال المزنى من اصحاب الشافعى محتجاً له قد قال

مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب ان يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان مازاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو امانة فوجب ان يكون كله امانة ومعنى قوله عليه السلام عند مالك ومن قال بقوله وعليه غرمه اى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه السلام الرهن مركوب ومحلوب اى اجرة ظهره لربه ونفقته عليه وأما ابو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه السلام له غنمه وعليه غرمه ان غنمه مافضل منه على الدين وغرمه مانقص وعمدة من رآ انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بتلفه اصله تلف المبيع عند البائع اذا امسكه حتى يستوفى الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا ارتهن فرساً من رجل فنفق فى يده فقال عليه السلام للمرتهن ذهب حقك واما تفريق مالك بين مايغاب عليه وبين ما لايغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولاتلحق فيما لايغاب عليه وقد اختلفوا فى معنى الاستحسان الذى يذهب اليه مالك كثيراً فضعفه قوم وقالوا إنه مثل استحسان ابى حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لايجوز للراهن بيع الرهن ولاهبته وأنه ان باعه فللمرتهن الاجازة اوالفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً اوامة فأعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسراً جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة اقوال الرد والاجازة والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق مالم تكن قيمة الرهن اقل من ذلك فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الامصار القول فى قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك هاهنا ان المرتهن وان كان مدعياً فله هاهنا شبهة بنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن اصوله ان يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لايلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشئ وقيمته أكثر من المرهون فيه واما اذا تلف الرهن واختلفوا فى صفته فالقول هاهنا عند مالك قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على اصوله فان المرتهن ايضاً هو الضامن فيما يغاب عليه واما على اصول الشافعى فلا يتصور على المرتهن يمين الا أن ينا كره الراهن فى تلافه واما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن فى قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا فى الامرين جميعاً أعنى فى صفة الرهن وفى مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفى الحق ما كانت قيمته الصفة التى حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا فى الحق واختلفا فى قيمة الرهن فى المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين للرهن وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية فى غرضنا

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر فى هذا الباب فى ثلاثة أبواب * الباب الاول فى اصناف المحجورين * الثانى متى يخرجون من الحجر ومن يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون * الثالث فى معرفة احكام افعالهم فى الرد والاجازة

﴿ الباب الاول ﴾

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح الاية واختلفوا فى الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعى وأهل المدينة وكثير من اهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب ابو حنيفة وجماعة من اهل العراق الى انه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد فى ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه خمسة وعشرين عاماً وعمدة من اوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالباً فوجب ان يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط فى رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ اذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع فى البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال بدليل تاثيره فى اسقاط التكليف وانما اعتبر الصغر لانه الذى يوجد فيه السفه غالباً كما يوجد فيه نقص العقل غالباً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كان يوجدان فيه غالباً أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر فى التكليف اعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر فى السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيهاً فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيداً قالوا وقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الاية ليس فيها اكثر من منعهم من اموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وابطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسياتي ذكر كل واحد منهم في بابه

﴿ الباب الثاني ﴾

والنظر في هذا الباب فى موضعين فى وقت خروج الصغار من الحجر ووقت خروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل واحد من هؤلاء إما ذو اب وإما ذو وصى واما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب فاما الذكور والصغار ذو الاباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر الا ببلوغ بين التكليف وإيناس الرشد منهم وان كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم واختلفوا فى الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن فى ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وايناس الرشد وقال مالك هى فى ولاية ابيها فى المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويونس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك فى هذا اقوال غير هذه قيل انها فى ولاية ابيها حتى

تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى تمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة اعوام وحجة مالك أن ايناس الرشد لايتصور من المرأة الابعد اختيار الرجال وأما اقاويل اصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة وإذا قلنا على قول مالك لايحل على قول الجمهور أن الاعتبار في الذكور ذوي الاباء البلوغ وايناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه انه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فاما ذو الاوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك الا باطلاق وصية له من الحجر أي يقول فيه انه رشيد ان كان مقدماً من قبل الاب بلا خلاف او باذن القاضي مع الوصي ان كان مقدماً من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصي الاب انه لايقبل قوله في أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصي كحاله مع الاب يخرجه من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول للحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذي الاب وأما ابن القاسم فمذهبه ان الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد ولاسقوطها اذا علم السفه وهي رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لافي البكر والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول افعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لاحكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ماهو فان مالكا يرى أن الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين * وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصي كحال الذكر لايخرج من الولاية الا باخراج مالم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها مع الوصي كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لايعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم وأما المهمل من الذكور فان المشهور أن افعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيهاً متصل السفه اوغير متصل السفه معلناً به اوغير معان وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشداً جاز والارده فأما اليتيمة التي لااب لها ولا وصي فان فيها في المذهب قولين . أحدهما أن افعالها جائزة اذا بلغت المحيض . والثاني أن افعالها مردودة مالم تعنس وهو المشهور

الباب الثالث

والنظر في هذا الباب في شيئين. أحدهما مايجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال واذا فعلوا فكيف حكم افعالهم في الرد والاجازة وكذلك افعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير اب ولاوصي وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلوا الحجر من الصغر واما مبتدا حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولاالمحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لايجوز له في ماله معروف من هبة ولاصدقة ولاعطية ولاعتق وان أذن له الاب في ذلك اوالوصي فان اخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظر وليه ان كان له ولي فان رآه رشداً اجازه والاأبطله وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك وان عمل في ذلك حتى يلي امره كان النظر اليه في الاجازة اوالرد واختلف اذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي ان يفعله هل له ان ينقضه اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق او نماء فيما باعه او نقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما افسد في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما افسد وكسر مما أؤتمن عليه ولايلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ماحلف بحريته في صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لايلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولايلزمه فيما ادعي عليه يمين

واختلف

واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور انه لايحلف وروي عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصى كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فأما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته او خالعها مضى طلاقه وخلعه الاابن ابي ليلى وأبا يوسف وخالف ابن ابي ليلى في العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور انه لاينفذ وأما وصيته فلا اعلم خلافاً فى نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شئ من المعروف الا ان يعتق ام ولده فيلزمه عتقها وهذا كله فى المذهب وهل يتبعها مالها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لايتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير وأما ما يفعله بعوض فهو أيضاً موقوف على نظر وليه ان كان له ولى فان لم يكن له ولى قدم له ولى فان رد بيعه الولى وكان قد اتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك ان اتلف عين المبيع وأما احكام افعال المحجورين او المهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى اربعة احوال . فمنهم من تكون افعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا وهو ان تكون افعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ماهو سفه ، ومنهم من تكون افعاله كلها محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذ ايضاً وهو ان تكون افعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه فأما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف في حده اختلافاً كثيراً من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه . فمنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل ابيه ولامن قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافاً لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لانفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون وأما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة ابيه على المشهور فى المذهب وحال البكر ذات الاب التى لاوصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها وما لم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لاوصى لها على مذهب من يرى أن افعالها مردودة وأما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس او التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذي الاب اذا بلغ وجهلت حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هي جمل ما فى هذا الكتاب والفروع كثيرة

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب التفليس

والنظر فى هذا الكتاب فيما هو الفلس وفى احكام المفلس ﴿ فنقول ﴾ إن الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين . أحدهما ان يستغرق الدين مال المدين فلايكون في ماله وفاء بديونه ، والثاني الايكون له مال معلوم اصلا وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء فى احكامها فاما الحالة الاولى وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ماذكرنا فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم ان يحجر عليه التصرف فى ماله من مال حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت او لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفى بدينه فابى ان ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبسه حتى يعطيهم

بيده ما عليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه او غريمه ان كان ملياً او يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك والشافعي وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من اهل العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث أبي سعيد الخدري ان رجلا اصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه أما بعد ايها الناس فان الاسيفع اسيفع جهينة رضى من دينه وامانته بان يقال سبق الحاج وانه ادان معرضاً فاصبح قد رين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وايضاً من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فاحرى ان يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه اعدل والله أعلم واما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ماعليه أو يموت محبوساً فيبيع القاضي حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه باحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم ان يقبلوا مني حائطي ويحللوا ابي فابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال ولكن ساغدوا عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وبما روى أيضاً انه مات اسد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعا عمر ابن الخطاب غرماءه فقبلهم ارضه أربع سنين بما لهم عليه قالوا فهذه الاثار كلها ليس فيها انه بيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق اصول العقار عليه باستحقاق اجازته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيماذا يحجر عليه وباى ديون تكون المحاصة في ماله وفي اي شيء من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجري العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان له ان يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الاباء المعسرين او الابناء وانما قيل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعي العادة في انفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه واما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوزه للمحجور عليه واما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا اعطاء ولا يجوز اقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد قيل الا ان لا يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين ان يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة اولا تكون

فقيل

فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب فى ديون المفلس المؤجلة هل يحل بالتفليس ام لا فذهب مالك الى أن التفليس فى ذلك كالموت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجمهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة فى ذلك بين أحد أمرين اما الا يريدوا ان يوخروا حقوقهم فى المواريث الى محل اجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتاخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة فى التركة خاصة لا فى ذممهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان فى ذمة الميت وذلك يحسن فى حق ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحمله فى ذممهم ابقيت الديون الى أجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبه المفلس فى هذا المعنى الميت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجى الملا لها بخلاف ذمة الميت واما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه فى ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقياً بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور والقول الثانى ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين ان ياخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون فى الباقى وبهذا القول قال جماعة من أهل الاثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبى حنيفة وأهل الكوفة والاصل فى هذه المسئلة ماثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما فى ذلك ان ياخذ الثمن الذى باعها به فاما ان يعطى فى هذه الحال الذى اشترك فيها مع الغرماء اكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بالثمن كما قال مالك واما اهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم فى رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنون والاصل بقسمته مقطوع بها كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امراة ورووا عن على انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث ابى هريرة مختلف فيه وذلك ان الزهرى روى عن ابى بكر بن عبد الرحمان عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل غاب او افلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث اولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا ان الجمهور دفعوا هذا التاويل بما ورد فى لفظ حديث ابى هريرة فى بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشترى السلعة فاما قبل القبض فالعلماء متفقون اهل الحجاز واهل العراق ان صاحب السلعة احق بها لانها فى ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا

قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء ان يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته وقال الشافعي بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن وقالت جماعة من اهل العلم داود واسحاق واحمد ان قبض من الثمن شيئاً فهو اسوة الغرماء وحجتهم ماروى مالك عن ابن شهاب عن ابي بكر بن عبد الرحمن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجده بعينه فهو احق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء وهو حديث وان ارسله مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهري عن ابي هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فان كان قبض من ثمنه شيئاً فهو اسوة الغرماء ذكره ابو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعي ان كل السلعة او بعضها في الحكم واحد ولم يختلفوا انه اذا فوت المشترى بعضها ان البائع احق بالمقدار الذي ادرك من سلعته الاعطاء فانه قال اذا فوت المشترى بعضها كان البائع اسوة الغرماء واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلس ام لا فقال مالك هو في الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس وقال الشافعي الامر في ذلك واحد وعمدة مالك ماروا عن ابن شهاب عن ابي بكر وهو نص في ذلك وايضاً من جهة النظر ان فرقا بين الذمة في الفلس والموت وذلك ان الفلس ممكن ان تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت واما الشافعي فعمدته ما رواه ابن ابي ذيب بسنده عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن ابي ذيب اولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لاتصرف فيه لمالكه الا بعد اداء ما عليه فاشبه مال المفلس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذيب من جهة ان موافقة القياس له أقوى وذلك انما وافق من الاحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعنى ان القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق * فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضاً فان الاصل يشهد لقول مالك في الموت أعني ان من باع شيئاً فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوي في هذه المسئلة والشافعي انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لايجب العمل به واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد احدث زيادة مثل ان تكون ارضاً يغرسها او عرصة يبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء وقال الشافعي بل يخير البائع بين ان يعطى قيمة ما أحدث المشترى في سلعته ويأخذها أو ان يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة ومايكون فوتاً مما لايكون فوتا في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في الموت والفلس او في الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لايتعين فاما العرض فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتي أفلس المشترى فهو أحق به في الموت والفلس وهذا ما لاخلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشترى ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده ان يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعي ليس لهم وقال اشهب لاياخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس وقال ابن الماجشون ان شاءوا كان الثمن من اموالهم او من مال الغريم وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم

وأما

وأما العين فهو احق بها فى الموت ايضاً والفلس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس او مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه أحق به كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لاسبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف فى تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء فى الموت والفلس وأما تعمل الذى لايتعين فان افلس المستاجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله فى الموت والفلس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع فى وقت الفلس وان كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعاً على أظهر الاقوال الا ان تكون بيده السلعة التى استوجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا ان يكون له فيه شئ اخرجه فيكون احق به في الفلس دون الموت وكذلك الامر عنده فى فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بما عليه من المتاع فى الموت والفلس جميعاً وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف فى مذهبه أن البائع أحق بما في يديه فى الموت والفلس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده فى الفلس دون الموت وانه إسوة الغرماء فى سلعته اذا فاتت وعندما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون هو أحق بها فى الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو احق بها فى الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استوجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم افلس المستاجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع فى هذا الباب ببيع الرقاب هو شئ فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه الماخوذ من الموضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انقدح هنالك قياس علة فهو أقوى واهل المالكية تدعي وجود هذا المعنى فى هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم فى العبد المفلس الماذون له فى التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما يتبع بما فى يده لا فى رقبته ثم ان اعتق اتبع بما بقي عليه ورآ قوم انه يباع ورآ قوم ان الغرماء يخيرون بين بيعه وبين ان يسعى فيما بقى عليه من الدين وبه قال شريح وقالت طائفة بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التى يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه * فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه فى هذه المسئلة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معاً باي يبدأ هل بدين العبد ام بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما راوا عند العبد من المال والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رآ البدء بالمولى قال لان مال العبد هو فى الحقيقة للمولى * فسبب الخلاف تردد مال العبد بين ان يكون حكمه حكم مال الاجنبي او حكم مال السيد واما قدر مايترك للمفلس من ماله فقيل فى المذهب يترك له مايعيش به هو واهله وولده الصغار الايام وقال فى الواضحة والعتبية الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك فى كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعرض مقبوض وهو الانتفاع بها اوبغير عوض وقال سحنون لايترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لا

يترك له الا مايواريه وبه قال ابن كنانة واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه اولا كراهية ذلك واما معرفة الديون التى يحاص بها من التى لايحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم اولا الى قسمين احدهما ان تكون واجبة عن عوض والثاني ان تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا اوارش جناية فلاخلاف فى المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة اقسام * احدها الايمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما ياتى من المدة * والثانى الا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع مايستوفى فيه مثل ان يكترى الرجل الدار بالنقد اويكون العرف فيه النقد ففلس المكترى قبل ان يسكن اوبعد ماسكن بعض السكنى وقبل ان يدفع الكراء * والثالث ان يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم اذا افلس المسلم اليه قبل دفع راس المال * والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل ان يدفعها اليه البائع * والخامس ألا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى الرجل دنانير في عروض الى اجل فيفلس المسلم قبل ان يدفع راس المال وقبل ان يحل اجل السلم فاما الذى لايمكنه دفع العوض بحال فلامحاصة فى ذلك الا فى مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول واما الذى لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع مايستوفى منه مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن ويأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره واما مايمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عيناً فقيل يحاص به الغرماء فى الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو احق به وعلى هذا لايلزمه دفع العوض واما مايمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عيناً واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل ان يفلس المسلم قبل ان يدفع رأس المال وقبل ان يحل اجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان ابى ذلك احد الغرماء حاص الغرماء براس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفي العروض التي عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شاءوا ان يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم وأما ماكان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلامحاصة فيها واما ما كان منها واجباً بالشرع كنفقة الاباء والابناء ففيها قولان احدهما ان المحاصة لاتجب بها وهو قول ابن القاسم والثانى انها تجب بها اذا لزمت بحكم من السلطان وهو قول اشهب واما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم فى ذلك ان يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد اومن اجناس مختلفة اذ كان لايقضى فى الديون الا ماهو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شئ يجوز واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارئ وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال اشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم مايحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه ومالا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل ان يكون المال عيناً والدين عيناً وكلهم روى قوله عن مالك وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة فى الموت من الغرماء وفى الفلس من المفلس فهذا هو القول في اصول

احكام المفلس الذى له من المال مالايفى بديونه وأما المفلس الذى لامال له اصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تاثير في اسقاط الدين الى وقت ميسرته الاماحكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يواجروه وقال به احمد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه او يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن ابي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وإنما صار الكل الى القول بالحبس فى الديون وان كان لم يات فى ذلك أثر صحيح لان ذلك امر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمي بالقياس المرسل وقد روى أن النبى عليه السلام حبس رجلا فى تهمة خرجه فيما احسب ابو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى ان للزوج حقاً فى المال وخالفه فى ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الصلح ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى والصلح خير وماروى عن النبى عليه السلام مرفوعا وموقوفاً على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين الاصلحاً احل حراماً اوحرم حلالا واتفق المسلمون علي جوازه على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال ملك وابو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعي لا يجوز على الانكار لانه من اكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولاخلاف فى مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الا قرار يراعى فى صحته مايراعى فى البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من انواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعي انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما اشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك واصحابه أنه يراعي فيه من الصحة مايراعي فى البيوع مثل ان يدعي انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لايجوز عند مالك واصحابه وقال اصبغ هو جائز لان المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه اخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هى هبة منى وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير او دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يوخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى اجل فهذا عندهم هو مكروه وأما كراهيته فمخافة ان يكون كل واحد منهما صادقاً فيكون كل واحد منهما قد انظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله اسلفني واسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول مافعلت انما هو تبرع مني وما كان يجب على شئ وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه أثر عقده فان طال مضى فالصلح الذى يقع فيه ممالايجوز فى البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة اقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لايفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الكفالة ﴾

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها ولها اسماء كفالة وحمالة وضمانة وزعامة فاما انواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكي عن قوم أنها ليست لازمة تشبيهاً بالعدة وهو شاذ والسنة التى صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام الزعيم غارم وأما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكي عن الشافعى فى الجديد أنها لاتجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى معاذ الله أن ناخذ الا من وجدنا متاعنا عنده ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة فى الحدود وحجة من اجازها عموم قوله عليه السلام الزعيم غارم وتعلقوا بان فى ذلك مصلحة وأنه مروى عن الصدر الاول وأما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شئ وحكي عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضراً اوغائباً فقال ان مات حاضراً لم يلزم الكفيل شئ وان مات غائباً نظر فان كانت المسافة التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها احضاره فى الاجل المضروب له فى احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة ففرط غرم والا لم يغرم واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ماحكم الحميل بالوجه على ثلاثة اقوال . القول الاول أنه يلزمه ان يحضره اويغرم وهو قول مالك وأصحابه واهل المدينة ، والقول الثاني أنه يحبس الحميل الى ان ياتي به او يعلم موته وهو قول ابي حنيفة وأهل العراق . والقول الثالث أنه ليس عليه الا ان ياتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك الا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعي الطالب لمعرفة موضعه على الحميل وأنكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام فى كتابه فى الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بماروى عن ابن عباس أن رجلا سأل غريمه ان يؤدى اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا فهذا غرم فى الحمالة المطلقة وأما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس فليس يجب ان يعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المومنون عند شروطهم فانما عليه ان يحضره اويحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه ان يحضر المال او يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . وأما اذا علم أن احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو احرى ان يكون مغروراً من ان يكون غاراً فأما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لايلزمه ولا خلاف فى هذا فيما احسب لانه كان يكون قد الزم ضد ما اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون او غاب أن الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعي وابو حنيفة وأصحابهما والثورى والاوزاعي وأحمد وإسحاق للطالب ان يأخذ من شاء الكفيل او المكفول وقال مالك في أحد قوليه ليس له ان ياخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه

ويرئ المضمون ولايجوز انيكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لمار آ ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً او حاضراً غنياً اوعديماً حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال يخرجها عنك من ابل الصدقة ياقبيصة ان المسئلة لا تحل الافي ثلاث وذكر رجلا يحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا أن النبى عليه السلام اباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه ، وأما محل الكفالة فهى الاموال عند جمهور اهل العلم لقوله عليه السلام الزعيم غارم أعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل اموال او من قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطا اوالصلح فى قتل العمد اوالسرقة التى ليس يتعلق بها قطع وهى مادون النصاب او من غير ذلك وروى عن ابى حنيفة اجازة الكفالة فى الحدود والقصاص او فى القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتى أعنى كفالة النفس وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما باقرار وإما ببينة وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق ام لا فقال قوم انها لاتلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضى والشعبى وبه قال سحنون من اصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والالم يلزمه الكفيل الا ان يذكر بينة حاضرة فى المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لا يوخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الاان يدعي بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم الا انهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اتى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه اوتبطل وقد انكروا الفرق فى ذلك والفرق بين الذى يدعي البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يوخذ حميل على أحد ببينة وذلك الي بيان صدق دعواه اوابطالها * وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين فى ذلك فانه إذا لم يوخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يومن ان يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يومن ان تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوي البينة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم فاصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من ابلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الاخر فجاء بما ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفرلى فقال غفر الله لك قال وانت فغفر الله لك وقتلك فى سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد فى كتابه فى الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبس قال ولا يعجبنى ذلك لانه لا يجب الحبس بمجرد الدعوي وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم فاما اصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور الا اختلافهم فى ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فاجازه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لايجوز واستدل ابو حنيفة من قبل ان الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعاً وليس كذلك المفلس واستدل من رآ ان الضمان يلزمه بما روي ان النبى عليه السلام انه كان فى صدر الاسلام لا يصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند أبى حنيفة واما شروط الكفالة فان اباحنيفة والشافعى يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما ادى عنه ان يكون الضمان باذنه

ومالك لايشترط ذلك ولاتجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولاالحق الذى لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه واما ماتجوز فيه الحمالة بالمال مما لاتجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال فائت فى الذمة الا الكتابة وما لايجوز فيه التاخير ومايستحق شيئاً فشيئاً مثل النفقات على الازواج وما شاكلها

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتـــــــاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه السلام مطل الغنى ظلم واذا احيل أحدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفى حكمها فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضى المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضى المحال ولم يعتبر رضي المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً ومن الناس من لم يعتبر رضى المحال واعتبر رضى المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رآ انها معاملة اعتبر رضى الصنفين ومن انزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل اذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحداً وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه السلام واذا احيل أحدكم على ملى فليتبع والامر على الوجوب وبقي المحال عليه على الاصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التى اتفق عليها فى الجملة كون ماعلى المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدرا ووصفا الا ان منهم من أجازها فى الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام والذين منعوها فى ذلك رأوا انها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالا وأما ان كان أحدهما من سلم فانه لا يجوز الا ان يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعي لانه كالبيع فى ضمان المستقرض وانما رخص مالك فى القرض لانه يجوز عنده بيع القرض قبل ان يستوفي وأما أبو حنيفة فاجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول لخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في اصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها ان يكون دين المحال حالا لانه ان لم يكن حالا كان ديناً بدين والثانى ان يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه فى القدر والصفة لانه اذا اختلفا فى أحدهما كان بيعاً ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين والشرط الثالث الا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما على الاخر حلت الاجال اولم تحل اوحل احدهما ولم يحل الاخر لانه يدخله بيع الطعام قبل ان يستوفى كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤوس اموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لايقول ذلك كالحال اذا اختلفت ويتنزل المحال فى الدين الذى احيل عليه منزلة من احاله ومنزلته فى الدين الذى احاله به وذلك فيما يريد ان ياخذ بدله منه اويبيعه له من غيره اعنى انه لا يجوز له من ذلك الا ما يجوز له مع الذى احاله ومايجوز للذى احاله مع الذى احاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم اوبطعام من سلم في طعام من قرض لم يجز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض فى طعام من سلم نزل منزلة المحيل فى انه لا يجوز له بيع ما

على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاماً من بيع وان كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من احاله اعنى انه كما انه ما كان يجوز له ان يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لايجوز ان يبيع الطعام الذى احيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وادلة هذه الفروق ضعيفة واما احكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة فى انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ قال مالك واصحابه الا ان يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال ابو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلساً او وجد الحوالة وان لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة * وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة

بسم الله الرحمان الرحيم صلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوكالة

وفيها ثلاثة ابواب . الباب الاول في اركانها وهى النظر فيما فيه التوكيل وفى الموكل والموكل ، والثاني فى احكام الوكالة . الثالث في مخالفة الموكل للوكيل

الباب الاول

الركن الاول فى الموكل

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمراة المالكين لامور انفسهم واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لاتجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المراة الا ان تكون برزة فمن رآ ان الاصل الا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا مادعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة من اختلف فى نيابته ومن رآ ان الاصل هو الجواز قال الوكالة فى كل شئ جائزة الا فيما اجمع على انه لاتصح فيه من العبادات وما جرى مجراها

الركن الثانى في الوكيل

وشروط الوكيل الا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه فى الشئ الذى وكل فيه فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المراة عند مالك والشافعي على عقد النكاح اما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة اى فان توكل هى من يلى عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر

الركن الثالث فيما فيه التوكيل

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة المصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولاتجوز فى العبادات البدنية وتجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعى فى احد قوليه لاتجوز علي الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعى مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار ام لا فقال مالك لايتضمن وقال أبو حنيفة تتضمن

الركن الرابع

وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في احكام هذا العقد وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لايسمى فيه شئ دون شئ وذلك انه ان سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعى لاتجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وانما يجوز منها ماسمى وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذا كان الاصل فيه المنع الا ما وقع عليه الاجماع

الباب الثانى فى الاحكام

وأما الاحكام فمنها أحكام العقد ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل ان يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن ابو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل وللموكل ان يعزله متي شاء قالوا الا أن تكون وكالة فى خصومة وقال اصبغ له ذلك مالم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل ان يعزل نفسه فى الموضع الذى لايجوز ان يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعى وقال ابو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعى من شرطه . واختلف اصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة فى حق من عامله فى المذهب فيه ثلاثة اقوال ، انها تنفسخ فى حق الجميع بالموت والعزل ،والثانى انها تنفسخ فى حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت فى حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ فى حقه.والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولاتنفسخ فى حق الوكيل بعلم الذى عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة: احدها اذا وكل على بيع شئ هل يجوز له ان يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لايجوز وقال الشافعى لايجوز وكذلك عند مالك الاب والوصى ومنها اذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الابثمن مثله نقداً بنقد البلد ولايجوز ان باع نسيئة اوبغير نقد البلد اوبغير ثمن المثل وكذلك الامر عنده في الشراء وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز في البيع ان يبيع بغير ثمن المثل وان يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله فى شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بثمن المثل نقداً ويشبه ان يكون ابو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شئ بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشئ بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها فى ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد انزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل مايعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئاً واعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال ابو حنيفة الى الوكيل أولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فأنكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل

﴿الباب الثالث﴾ واما اختلاف الوكيل مع الموكل وقد يكون في ضياع المال الذى استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل وقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به اواشترى اذا أمره بثمن محدود وقد يكون فى المثمون وقد يكون فى تعيين من امره بالدفع اليه وقد يكون فى دعوى التعدى فاذا اختلفا فى ضياع المال فقال الوكيل ضاع منى وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه ببينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شئ وأما اذا اختلفا فى الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالقول قول الوكيل وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشترى وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم فى مقدار الثمن الذى امره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء واما اذا اختلفا فيمن امره بالدفع فى المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المامور وقيل القول

قول

قول الآمر وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور أن القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب اللقطة ﴾

والنظر في اللقطة في جملتين * الجملة الاولى في أركانها * والثانية في أحكامها

﴿ الجملة الاولى ﴾

والاركان ثلاثة * الالتقاط * والملتقط * واللقطة فاما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو افضل ام الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال احمد وذلك لامرين، احدهما ماروى انه صلى الله عليه وسلم قال ضالة المومن حرق النار ولما يخاف ايضاً من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا اراد بذلك الانتفاع بها لا لاخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مامونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مامونين والامام عادل فواجب التقاطها وان كانت بين قوم مامونين والامام جائر فالافضل ألا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مامونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب مايغلب على ظنه من سلامتها اكثر من احد الطرفين وهذا كله ماعدي لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضاً لا يجوز التقاطها الا لمنشد لورود النص في ذلك والمروى في ذلك لفظان احدهما أنه لا ترفع لقطتها الا لمنشد الثاني لا يرفع لقطتها الا منشد فالمعني الواحد انها لا ترفع الالمن ينشدها والمعنى الثاني لا يلتقطها الا من ينشدها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللقطتان أبداً * فاما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والاصح جواز ذلك في دار الاسلام قال وفي أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة * واما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الارض أو غامرها والجماد والحيوان في ذلك سواء الا الابل باتفاق والاصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني وهو متفق على صحته إنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هي لك أو لاخيك أو للذيب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة مايلتقط مما لا يلتقط ومعرفة حكم مايلتقط كيف يكون في العام وبعده وبما ذا يستحقها مدعيها فاما الابل فاتفقوا على أنها لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كالابل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف

﴿ الجملة الثانية ﴾

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن من الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيراً او يتصدق بها ان كان غنياً فان جاء صاحبها كان مخيراً بين ان يجيز الصدقة فينزل على ثوابها او يضمنه اياها واختلفوا في الغني هل له ان يأكلها او ينفقها بعد الحول فقال مالك والشافعي له ذلك وقال ابو حنيفة ليس له الا

ان يتصدق بها وروي مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين وقال الاوزاعي ان كان مالا كثيراً جعله
في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان اكلها
ضمنها لصاحبها الا اهل الظاهر واستدل مالك والشافعى بقوله عليه السلام فشأنك بها ولم يفرق بين غنى وفقير
ومن الحجة لهم مارواه البخارى والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة
دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها
فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذى وابو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث
اللقطة لاصل الشرع وهو انه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث
وهو قوله بعد التعريف فشأنك بها قال لا يجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على أن يضمن ان لم يجد صاحب اللقطة
الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورآ انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها
ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عيناً على جهة الضمان وأما حكم دفع اللقطة لمن
ادعاها فاتفقوا على أنها لا تدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى
بينة ام لا فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الي بينة وقال أبو حنيفة والشافعي لا يستحق الا ببينة * وسبب
الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لابد من
البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة في ذلك الشافعى وأبو حنيفة لان قوله عليه
السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشأنك بها يحتمل ان يكون انما أمره بمعرفة العفاص والوكاء
لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون إنما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال
وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التى نذكرها بعد وعند
مالك واصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض
روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل
بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا
جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء واما اذا غلط فيها فلا شيء له واما اذا عرف احدي العلامتين اللتين وقع النص
عليهما وجهل الاخرى فقيل انه لا شيء له الا بمعرفتهما جميعاً وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة
استبرأ وإن غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا اتي بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين اوبغير يمين فقال ابن
القاسم بغير يمين وقال اشهب بيمين *واما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا على ان لواجد ضالة الغنم في المكان القفر
البعيد من العمران ان يأكلها لقوله عليه السلام في الشاة هي لك او لاخيك او للذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها
لصاحبها ام لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها وقال مالك في اشهر الاقاويل عنه انه لا يضمن *وسبب الخلاف معارضة
الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مالكا هاهنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ولم يجز ذلك في
التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ هاهنا وعنه رواية اخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى اذا
خشى عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند اصحابه في ذلك انها على ثلاثة أقسام قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى
عليه التلف ان تركه كالعين والعروض وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالشاة في القفر والطعام

الذي يسرع اليه الفساد وقسم لايخشى عليه التلف فأما القسم الاول وهومايبقى في يدملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة أقسام.احدها أن يكون يسيراً لابال له ولاقدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لايطلبه لتفاهته فهذا لايعرف عنده وهولمن وجده والاصل في ذلك ماروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة في الطريق فقال لولا ان تكون من الصدقة لاكلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك،والثانى ان يكون يسيراً الا أن له قدراً ومنفعة فهذا لااختلاف في المذهب في تعريفه واختلفوا فى قدر مايعرف فقيل سنة وقيل أياماً ، واما الثالث فهوان يكون كثيراً اوله قدر فهذا لااختلاف في وجوب تعريفه حولا وأما القسم الثانى وهو مالايبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا ياكله كان غنياً اوفقيراً وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الاشهر ألاضمان واختلفوا اذوجد مايسرع اليه الفساد فى الحاضرة فقيل لاضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلايضمن اوياكله فيضمن،وأما القسم الثالث فهوكالابل اعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك فان اخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل فى المذهب هوعام فى جميع الازمنة وقيل انما هوفى زمان العدل وأن الافضل فى زمان غير العدل التقاطها وأماضمانها فى الذى تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها واشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غيرضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعى وابويوسف ومحمد بن الحسن لاضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال ابوحنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلاينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها والا فلتكن وديعة عندك واستدل أبوحنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل اوذوى عدل عليها ولايكتم ولايغيب فان جاء صاحبها فهو احق بها والا فهو مال الله يوتيه من يشاء وتحصيل المذهب فى ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لايخلوا التقاطه لها من ثلاثة أوجه.احدها ان ياخذها على جهة الاغتيال لها:والثانى ان ياخذها على جهة الالتقاط .والثالث ان ياخذها لاعلى جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان اخذها علي جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال اشهب لايضمن اذا ردها في موضعها فان ردها فى غير موضها ضمن كالوديعة والقول قوله فى تلفها دون يمين الا ان يتهم واما اذا قبضها مغتالا لها فهوضامن لها ولكن لايعرف هذا الوجه الا من قبله واما الوجه الثالث فهومثل ان يجد ثوبا فياخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسئلهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولاادعوه كان له ان يرده حيث وجده ولاضمان عليه باتفاق عند اصحاب مالك وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهوالعبد يستهلك اللقطة فقال مالك أنها فى رقبته اما ان يسلمه سيده فيها واما ان يفديه بقيمتها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعى ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت فى رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما انفق على اللقطة علي صاحبها ام لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلايرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لايرجع بما انفق الا ان تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسئلة هى من احكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب

باب فى اللقيط

والنظر فى احكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى احكامه وقال الشافعى كل شئ ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض

الـكفايات وفي وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى علي ان الاختلاف فى الاشهاد على اللقطة .واللقيط هو الصي الصغير غير البالغ وان كان مميزاً ففيه فى مذهب الشافعى تردد: والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمـكاتب بملتقط والـكافر ملتقط الـكافر دون المسلم لانه لاولاية له عليه ويلتقط المسلم الـكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولاتلزم نفقة الملتقط على من التقطه وان انفق لم يرجع عليه بشئ؛ واما احكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم ابيه عند مالك وعند الشافعى يحكم من اسلم منهما وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقد اختلف فى اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذى تشهد له الاصول الا ان يثبت فى ذلك اثر يخصص به الاصول مثل قوله عليه السلام ترث المراة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذى لاعنت عليه

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوديعة

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هى في احكام الوديعة فمنها انهم اتفقوا على أنها امانة لامضمونة الاما حكي عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على انها امانة أن الله امر برد الامانات ولم يامر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع فى دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه ببينة فانه لايكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه ببينة فكانه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق فى تلفها ولايصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه بينة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد ويبعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الي اليد التي دفعتها اليه وأما من دفعها الى غير اليد التي دفعتها اليه فعليه ما على ولى اليتيم من الاشهاد عند مالك والاضمن يريد قول الله عزوجل فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم فان انكر القابض القبض فلا يصدق المستودع فى الدفع عند مالك واصحابه الا ببينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك امر صاحب الوديعة بدفعها الى الذى دفعها اولم يامر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من امره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة أعنى اذا كان غير المودع وادعي التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع اوالى ذمة فان كان القابض اميناً فاختلف فى ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الامر للوكيل بالقبض ومرة قال لايبرأ الدافع الابإقامة البينة على الدافع اويأتى القابض بالمال وأما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها الى سلفاً اوتسلفاً في سلعة اوما أشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برئ الدافع فى المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان * والسبب في هذا الاختلاف كله أن الامانة تقوى دعوى المدعى حتي يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه امانة الذى امره المودع ان يدفعها اليه أعنى الوكيل بامانة المودع عنده قال يكون القول قوله فى دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأ أن تلك الامانة اضعف قال لايبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوي التلف ومن رآ المامور بمنزلة الامر قال القول قول الدافع للمامور كما كان القول قوله مع الامر وهو

مذهب أبي حنيفة ومن رآ أنه اضعف منه وقال الدافع ضامن الاان يحضر القابض المال واذا اودعها بشرط الضمان فالجمهور على انه لايضمن وقال الغير يضمن وبالجملة فالفقهاء يرون باجمعهم انه لاضمان على صاحب الوديعة الاان يتعدى ويختلفون فى اشياء هل هى تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا انفق الوديعة ثم رد مثلها اواخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحالة مثل اذا ردها وقال ابو حنيفة ان ردها بعينها قبل ان ينفقها لم يضمن وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين جميعا فمن غلظ الامر ضمنه اياها بتحريكها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا اعاد مثلها ومنها اختلافهم في السفر بها فقال مالك ليس له ان يسافر بها الاان تعطى له فى سفر وقال أبو حنيفة له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمناً ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها انه ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال أبو حنيفة ان اودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبيه باهل بيته وعند مالك ان يستودع ما اودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج او ولد اوامة اومن اشبههم وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت به عادة الناس ان تحفظ اموالهم فما كان بيناً من ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة فى جيبه فذهبت والاشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من اودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لاضمان عليه ويختلف فى المذهب فى ضمانها بالنسيان مثل ان ينساها فى موضع اوينسى من دفعها اليه ويدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهم واذا اراد السفر فله عند مالك ان يودعها عند ثقة من اهل البلد ولاضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم اولم يقدر واختلف في ذلك اصحاب الشافعي فمنهم من يقول ان اودعها لغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لايجب فى حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولااجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما يحتاج اليه من مسكن اونفقة فعلى ربها واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فيمن اودع مالا فتعدى فيه وتجر به فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وابو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصباً للمال فضلا عن ان يكون مستودعا عنده وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدى الاصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع فى تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين اوجبوا التصديق بالربح اذافات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما امر عمر رضى الله عنه ابنيه عبدالله وعبيد الله ان يصرفا المال الذى اسلفهما أبوموسى الاشعرى من بيت المال فتجرا فيه فربحا قيل له لوجعلته قراضاً فاجاب الي ذلك لانه قد روى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب العارية

والنظر فى العارية فى اركانها واحكامها واركانها خمسة . الاعارة ، والمعير ، والمستعير . والمعار ، والصيغة : أما الاعارة فهي فعل خير ومندوب اليه وقد شذ فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود أنهما قالا فى قوله تعالى ويمنعون الماعون انه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفاس والدلو والحبل والقدر

وما اشبه ذلك . وأما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية اما لرقبتها واما لمنفعتها والاظهر أنها لا تصح من المستعير أعنى ان يعيرها . وأما العارية فتكون فى الدور والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لا يجوز اباحة الجواري للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن يكون ذا محرم . وأما صيغة الاعارة هي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبى حنيفة أي للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء وقال مالك فى المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة الزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية * وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة وأما الاحكام فكثيرة وأشهرها هل هى مضمونة او امانة فنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول اشهب والشافعى واحد قولي مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو انها ليست مضمونة اصلا وهو قول ابي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر اصحابه * وسبب الخلاف تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن امية بل عارية مضمونة مؤداة وفى بعضها بل عارية مؤداة وروي عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح واخذ بهذا اسقط الضمان عنه ومن اخذ بحديث صفوان بن امية الزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الاخر على ما لا يغاب عليه الا أن هذا الحديث الذى ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض واتفقوا فى الاجارة على انها غير مضمونة أعنى الشافعى وأباحنيفة ومالكا ويلزم الشافعى اذا سلم انه لا ضمان عليه فى الاجارة الا ان يكون ضمان فى العارية ان سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى الا يضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة فى اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويجئ على قول مالك اذا اشترط الضمان فى الموضع الذى يجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل فى استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذ كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بان يخرجها فى ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعى اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار اليها فقال مالك المالك بالخيار ان شاء أخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مماله قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط او بالعرف او العادة وقال الشافعى اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع بل يخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه او ينقض بارش او بتمليك ببدل فايهما اراد المعير اجبر عليه المستعير فان ابى كلف تفريغ الملك وفى جواز بيعه للنقص عنده خلاف لانه معرض للنقص فرآ الشافعى ان اخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورآ مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف فى ذلك يتنزل منزلة الشروط وعند مالك انه ان أستعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال الماذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يسئل جاره ان يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة فى كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وابو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال

الشافعي واحمد وابو ثور وداود وجماعة اهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ماخرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن ابي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبة فى جداره ثم يقول ابو هريرة مالى اراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم واحتجوا ايضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خليجاً له من العريض فاراد ان يمر به فى ارض محمد بن مسلمة فابي محمد فقال له الضحاك انت تمنعنى وهو لك منفعة تسقي منه اولا وآخراً ولا يضرك فابي محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة فامره ان يخلى سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع اخاك ماينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيي المازنى عن ابيه انه قال كان فى حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعي مالكا لادخاله هذه الاحاديث فى موطاه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وابى حنيفة قوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث ابى هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وانه اذا امكن ان تكون مخصصة وان تكون على الندب فحملها على الندب اولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبغ عن ابن القاسم انه لا يوخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة فى الخليج ويوخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع وذلك انه رآ ان تحويل الربيع ايسر من ان يمر عليه بطريق من لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا

بسم الله الرحمن الرحيم — صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الغصب

وفيه بابان . الاول في الضمان وفيه ثلاثة اركان الاول الموجب للضمان . والثاني مافيه الضمان ، والثالث الواجب واما الباب الثاني فهو فى الطوارئ على المغصوب

الباب الاول

الركن الاول

واما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب اولاتلافه واما المباشرة للسبب المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرته الضمان اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان ام لا وذلك مثل ان يفتح قفصاً فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال وفرق الشافعي بين ان يهيجه على الطيران أو لا يهيجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بيراً فسقط فيه شئ فهلك فمالك والشافعي يقولان ان حفره بحيث ان يكون حفره تعديا ضمن ماتلف فيه والا لم يضمن ويجئ على أصل أبي حنيفة انه لا يضمن فى مسئلة الطائر وهل يشترط في المباشرة العمد اولا يشترط فالاشهر ان الاموال تضمن عمداً وخطئاً وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذ الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً فالمعلوم عن الشافعي انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رآ على المكره الضمان أعني المكره على الاتلاف

الركن الثاني

واما مايجب فيه الضمان فهو كل مال اتلفت عينه او تلفت عند الغاصب عينه بامر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب أعني انها

ان انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة لا يضمن *وسبب اختلافهم هو هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً قال لا ضمان

الركن الثالث

وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان ان يرده بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكيلاً أو موزوناً ان على الغاصب المثل أعنى مثل ما استهلك صفة ووزناً واختلفوا في العروض فقال مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه انه لم يلزمه المثل والزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ولان منفعة الشئ قد تكون هي المقصودة عند المتعدي عليه ومن الحجة لهم ما اخرجه أبو داود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلي الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت احدي امهات المومنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الي الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتي جاءت قصعتها التى في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال اناء مثل إناء وطعام مثل طعام

الباب الثاني في الطوارئ

والطوارئ على المغصوب إما بزيادة وإما بنقصان وهذان اما من قبل المخلوق وإما من قبل الخالق واما النقصان الذى يكون بأمر من السماء فانه ليس له الا ان ياخذه ناقصاً او يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان ياخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين ان يضمنه القيمة يوم الغصب او ياخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمنه القيمة أو ياخذه ناقصاً ولا شئ له في الجناية كالذي يصاب بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز * والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء اونقصان كانه حدث في ملك صحيح فاوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئاً سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل اوان كانت يده عليه اخذه بارفع القيم واوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعي أو قياس قوله ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب وبين الجناية التى تكون بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رآ ان جناية الغاصب على الشيء الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو خير عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه واما ان كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين ان يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني وبين ان يترك الغاصب ويتبع الجاني

بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين فى يد الغاصب وأما الجناية على العين من غير ان يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيراً من المنفعة والمقصود من الشئ باق فهذا يجب فيه مانقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحاً ويقوم بالجناية فيعطى مابين القيمتين وأما ان كانت الجناية مما تبطل العرض المقصود فان صاحبه يكون مخيراً ان شاء اسلمه للجانى وأخذ قيمته وان شاء اخذ قيمة الجناية وقال الشافعى وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية * وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف اكثر المنفعة باتلاف العين وأما النماء فانه على قسمين . أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب . والثانى ان يكون مما احدثه الغاصب فاما الاول فانه ليس بفوت وأما النماء بما احدثه الغاصب فى الشئ المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين . أحدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ فى الثوب والنقض فى البناء وما اشبه ذلك . والثانى الا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت فاما الوجه الاول وهو ان يجعل فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين . أحدهما ان يكون ذلك الشئ مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما اشبه ذلك . والثانى الا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فاما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين ان يأمر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض اوغيره وبين ان يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستاجر عليه وقيل انه لا يحط من ذلك اجر القلع هذا ان كانت له قيمة وأما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شئ لان من حق المغصوب ان يعيد له الغاصب ماغصب منه على هيئته فان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين ان ان يدفع قيمة الصبغ وما اشبهه وياخذ ثوبه وبين ان يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه الا فى السويق الذى يلته فى السمن وما اشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل او القيمة فيما لا مثل له وأما الوجه الثانى من التقسيم الاول وهو الا يكون اخراج الغاصب فيما احدثه فى الشئ المغصوب سوى العمل فان ذلك ايضاً ينقسم قسمين . أحدهما ان يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشئ عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب او الرفو له : والثانى ان يكون العمل كثيراً ينتقل به الشئ المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً اودراهم فأما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب وياخذ المغصوب منه الشئ المغصوب معمولا وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشئ المغصوب يوم غصبه او مثله فى ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب اصله مسئلة البنيان فيقول انه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على اخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ابى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان ابى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول انكره ابن القاسم فى المدونة فى كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان بوجه شبهة حلية وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول انه يومر الغاصب بقلع الصبغ ان امكنه وان نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان واصول الشرع تقتضى ألا يستحل مال الغاصب من اجل غصبه وسواء كان منفعة اوعيناً الا ان يحتج محتج بقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق

لكن هذا مجمل ومفهومه الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشئ الذى غصبه اعنى ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير اولم يتغير واما حكم غلته فاختلف فى ذاك فى المذهب على قولين: احدهما ان حكم الغلة حكم الشئ المغصوب، والثانى ان حكمها بخلاف الشئ المغصوب فمن ذهب الى أن حكمها حكم الشئ المغصوب وبه قال اشهب من اصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها او اكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشئ المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشئ المغصوب فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيراً بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة انه لاضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلل هو أن الغلل تنقسم الى ثلاثة أقسام. احدها غلة متولدة عن الشئ المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد وغلة متولدة عن الشئ لا على صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلال غير متولدة بل هى منافع وهى الاكرية والخراجات وما أشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يرده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا فى ذلك اذا ماتت الام فقال هو مخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعى بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولداً على غير خلقة الاصل وصورته ففيه قولان احدهما أن للغاصب ذلك المتولد والثانى انه يلزمه رده مع الشئ المغصوب ان كان قائماً او قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الامن قوله فان تلف الشئ المغصوب كان مخيراً بين ان يضمنه بقيمته ولا شئ له فى الغلة وبين أن ياخذه بالغلة ولا شئ له من القيمة وأما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة أقوال. احدها انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل. والثانى أنه يلزمه رده من غير تفصيل ايضاً. والثالث أنه يلزمه الرد ان اكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع او عطل. والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل. والخامس الفرق بين الحيوان والاصول أعنى انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها واما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح فالغلة له قولا واحداً فى المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضاً اذا قصد غصب الاصل وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف فى ذلك سواء عطل او انتفع او اكرى كان مما يزال به او مما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه اياها ولا فى حمله لانه ضامن لها ان تلفت فى تعديه وهذا قوله فى كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدى وصار فى ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما أن الذى تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول عينه * وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة او لا يردها اختلافهم فى تعميم قوله عليه السلام الخراج بالضمان وقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه السلام هذا خرج على سبب وهو فى غلام قيم فيه بعيب فاراد الذى صرف عليه ان يرد المشترى غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه ام يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الامصار مشهور فمن قصر هاهنا على الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل ان يشترى شيئاً فيستغله فيستحق منه واما ماصار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث فى الاصل والغلة أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى واما من عكس الامر فعمم قوله عليه السلام الخراج بالضمان على اكثر

من

من السبب الذى خرج عليه وخصص قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق بان جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال لايرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس ان تجرى المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحد وأن يعتبر التضمين اولايعتبر واما سائر الاقاويل التى بين هذين فهي استحسان واجمع العلماء على ان من اغترس نخلا اوثمراً وبالجملة نباتا فى غير ارضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احيا أرضاً ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هوما اغترس فى ارض الغير وروى ابوداود فى هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس احدهما نخلا فى ارض الاخر فقضى لصاحب الارض بارضه وامر صاحب النخل ان يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب اصولها حتى اخرجت منها بالفؤوس وانها لنخل عم الاماروى فى المشهور عن مالك ان من زرع زرعاً فى أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الارض أن يقلع زرعه وكان على الزراع كراء الارض وقد روى عنه مايشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل مالاينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله انه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزراع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع فى أرض غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من اهل المدينة وبه قال أبوعبيد وروى آخر عن رافع بن جريج انه قال عليه السلام من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شئ واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على اربعة أقوال. أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته. والثاني ألاضمان عليه. والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولاضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار. والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولاضمان فى المنفلت وممن قال يضمن بالليل ولايضمن بالنهار مالك. والشافعي لاضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث الا ان الليث قال لايضمن اكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان. أحدهما قوله تعالى وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم والنفش عند أهل اللغة لايكون الابالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى انا نخاطبون بشرع من قبلنا والثانى مرسله عن ابن شهاب ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على اهل الحوائط بالنهار حفظها وان ما افسدته المواشى بالليل ضامن على أهلها اى مضمون وعمدة ابى حنيفة قوله عليه السلام العجما جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق مذهب ابى حنيفة انه لايضمن اذا ارسلها محفوظة فاما اذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا ان تكون الغنم فى المسرح واما اذا كانت في ارض مزرعة لامسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهاراً وعمدة من رآ الضمان فيما افسدت ليلا ونهارا شهادة الاصول له وذلك انه تعد من المرسل والاصول على ان على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لايملك * فسبب الخلاف فى هذا الباب معارضة الاصل للسمع ومعارضة السماع بعضه لبعض اعنى ان الاصل يعارض جرح العجما جبار ويعارض أيضاً التفرقة التى فى حديث البراء وكذلك التفرقة التي فى حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح العجما جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى حكم مايصاب من اعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى فى عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيما اصيب من البهيمة مانقص فى ثمنها قياساً على التعدى في الاموال

والكوفيون اعتمدوا فى ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا اذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم انه انما صار الى القول به من جهة التوقيف* فسبب الخلاف اذاً معارضة القياس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم فى الجمل الصؤول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه ام لا فقال مالك والشافعى لاغرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثورى يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل فى المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود واذا كان ذلك فى النفس كان فى المال احرى لان النفس اعظم حرمة من المال وقياساً ايضاً على إهدار دم الصيد الحرمى اذا صال وبه تمسك حذاق اصحاب الشافعى وعمدة أبي حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها اصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ماهو ذو نفس ومن هذا الباب اختلافهم في المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق ام لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعاً وقال ابو حنيفة والثورى عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للادمى فلم يسقط أحدهما الاخر اصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع وأما من لم يوجب الصداق فتعلق فى ذلك بمعنيين احدهما انه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأى الكوفيين فى انه لايجمع على السارق غرم وقطع والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل البضع وانما هو عبادة اذ كان النكاح شرعياً واذا كان ذلك كذلك فلا صداق فى النكاح الذى على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائماً اضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعي يحكم على الغاصب بالهدم وياخذ المغصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعي لايفوت المغصوب بشئ من الزيادة وهاهنا انقضى هذا الكتاب

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الاستحقاق

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى احكام الاستحقاق وتحصيل اصول احكام هذا الكتاب ان الشئ المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء فى الشرع لمستحقها اذا صار الي ذلك الانسان الذى استحق من يده الشئ المستحق بشراء انه لايخلوا من أن يستحق من ذلك الشئ أقله او كله او جله ثم اذا استحق منه كله او جله فلا يخلوا ان يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزياده او نقصان او يكون لم يتغير ثم لايخلوا ايضاً ان يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن او بمثمون فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع واما ان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير اخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغييراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضى البيع وياخذ الثمن او يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده مالم يتغير الشئ المستحق فان تغير الشئ المستحق فلا يخلوا ان يتغير بزيادة او نقصان واما ان كان تغير بزيادة فلا يخلوا ان يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشئ

او بزيادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فياخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية او يكبر الغلام وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل ان يشتري الدار فيبني فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه اوبين ان يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق اويكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة مابنى اوما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشترى أمة فيولدها ثم تستحق منه اويزوجها على أنها حرة فتخرج امة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له ان ياخذ أعيان الولد واختلفوا فى اخذ قيمتهم وأما الام فقيل ياخذها بعينها وقيل ياخذ قيمتها وأما ان كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلاخلاف أن لسيدها ان ياخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد واما غلة الشئ المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلاخلاف أن الغلة للمستحق منه واعنى بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلكت عنده واما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فانه يرد الغلة واما ان كان غير ضامن الا انه ادعي فى ذلك ثمناً مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان انه لايضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع واما من اى وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق فى احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولا فيها ثمر فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعد فقيل انها للمستحق مالم تقطف وقيل مالم تيبس وقيل مالم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا إن كان اشترى الاصول قبل الابار واما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقى والعلاج وقال اشهب هي للمستحق مالم تجذ والارض اذا استحقت فالكراء انما هو للمستحق انوقع الاستحقاق في إبان زريعة الارض واما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه واما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلاشئ على المستحق من يديه واما ان كان اخذ له ثمنا مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ماباع من النقض قال القاضى ولم اجد فى هذا الباب خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهى اصولهم في هذا الباب ولكن يجئ على اصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل وكذلك يجئ على اصول الغير ان يرجع على المشترى اذا استحق منه قليل اوكثير لانه لم يدخل على الباقى ولا انعقد عليه بيع ولاوقع به تراض كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الهبات ﴾

والنظر فى الهبة فى اركانها وفى شروطها وفي انواعها وفى احكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس مافيها من المسائل المشهورة { فنقول } أما الاركان فهي ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة أما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان فى حال الصحة وحال اطلاق اليد . واختلفوا فى حال المرض وفى حال السفه والفلس أما المريض فقال الجمهور انها فى ثلثه تشبيهاً بالوصية أعنى الهبة التامة

بشروطها وقالت طائفة من السلف وجماعة اهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه السلام في الذي اعتق ستة اعبد عند موته فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتق ثلثهم وارق الباقي وعمدة اهل الظاهر استصحاب الحال أعنى حال الاجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض الا أن يدل دليل من كتاب او سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التي يحجر فيها عند الجمهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان هبتهم غير ماضية وأما الموهوب فكل شئ صح ملكه . واتفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبي . واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة اوفي هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال اهل الظاهر لايجوز التفضيل فضلا عن ان يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل اهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد اختلف في الفاظه والحديث أنه قال ان اباه بشيراً اتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاماً كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضى بطلان الهبة وفي بعض الفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه السلام هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان يهب في صحته جميع ماله للاجانب دون اولاده فاذا كان ذلك للاجنبى فهو للولد احرى واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يابنية مامن الناس أحد احب الى غنا بعدى منك ولا اعز على فقرا بعدى منك واني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به الندب والدليل على ذلك أن في بعض رواياته الست تريد ان يكونوا لك في البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى واما مالك فانه رأ أن النهي عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل على الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن ان يخص الرجل بعض اولاده بجميع ماله فسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى الوارد وذلك أن النهى يقتضى عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضى الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب اوخصصه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعنى ان يعدل بلفظ النهى عن مفهوم الحظر الى مفهوم الكراهية . وأما اهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة : واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لاتصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة ابى حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود

وبالجملة كل مالايصح بيعه فى الشرع من جهة الغرر وقال الشافعى ماجاز بيعه جازت هبته كالدين ومالم يجز بيعه لم تجز هبته وكل مالايصح قبضه عند الشافعى لاتصح هبته كالدين والرهن وأما الهبة فلابد من الايجاب فيهما والقبول عندالجميع ومن شرط الموهوب له ان يكون ممن يصح قبوله وقبضه وأما الشروط فاشهرها القبض أعنى ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط فى صحة العقد أم لا فاتفق الثورى والشافعى وابوحنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذالم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تانى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب اومرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام فى الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لامن شروط الصحة وهو عند الشافعى وابي حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبوثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا لامن شرط تمام ولامن شرط صحة وهو قول اهل الظاهر وقد روى عن احمد بن حنبل ان القبض من شروطها في المكيل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيهاً بالبيع وأن الاصل فى العقود الاقبض مشترطاً فى صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن ابى بكر رضى الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص في اشتراط القبض فى صحة الهبة وماروى مالك عن عمر أيضاً أنه قال مابال رجال يخلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن احدهم قال مالى بيدى لم اعطه احداً وان مات قال هو لابنى قد كنت اعطيته اياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول له وابقاها حتى تكون ان مات لورثته فهى باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف . وأما مالك فاعتمد الامرين جميعاً أعنى القياس وماروى عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هى عقد من العقود لم يكن عنده شرط من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخي حتى يفوت القبض بمرض اوافلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على أن الاب يحوز لابنه الصغير الذى فى ولاية نظره وللكبير السفيه ماوهبه له كما يحوز لهما ماوهبه غيره لهم وأنه يكفى فى الحيازة له اشهاد بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدى الذهب والفضة وفيما لايتعين والاصل فى ذلك عندهم مارواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابناً له صغيراً لم يبلغ ان يحوز نحلته فاعلن ذلك واشهد عليه فهى جائزة وان وليها وقال مالك واصحابه لابد من الحيازة فى المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفى فى ذلك اعلانه وإشهاده وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لايجوز الا ان يخرجه الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها فى ظرف اواناء وختم عليها بخاتم واشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين اصحاب مالك ان الوصى يقوم فى ذلك مقام الاب واختلفوا فى الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من اصحابه تقوم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب

﴿القول فى انواع الهبات﴾

والهبة منها ماهى هبة عين ومنها ماهي هبة منفعة وهبة العين منها مايقصد بها الثواب ومنها ما لا يقصد بها الثواب والتي يقصد بها الثواب منها مايقصد بها وجه الله ومنها مايقصد به وجه المخلوق فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف

فى جوازها وإنما اختلفوا فى احكامها وأماهبة الثواب فاختلفوا فيها فأجازها مالك وابوحنيفة ومنعها الشافعى وبه قال داود وأبو ثور * وسبب الخلاف هل هى بيع مجهول الثمن اوليس بيعاً مجهول الثمن فمن رآه بيعاً مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لاتجوز ومن لم يرانها بيع مجهول قال يجوز وكان مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذالم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه الهبة اذا اعطاه الموهوب القيمة وقيل لاتلزمه الا انيرضيه وهو قول عمر على ما سياتي بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هوالمشهور عن مالك وأما اذا الزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانمايحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا فى ذلك وخصوصا إذادلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للغنى اولمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب واماهبات المنافع فمنها ماهى مؤجلة وهذه تسمي عارية ومنحة وما اشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها مابقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال أحدها انهاهبة مبتوتة أى انها هبة للرقبة وبه قال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وأحمد وجماعة والقول الثانى انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذامات عادت الرقبه للمعمر أوإلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو إلى ورثته والقول الثالث انه اذا قال هى عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذالم يذكر العقب عادت الرقبة بعدموت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبوثور * وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للاثر اما الاثر ففى ذلك حديثان أحدهما متفق على صحته وهوما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لاترجع الي الذى اعطاها أبداً لانه اعطى عطاء رفعت فيه المواريث والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يامعشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولاتعمروها فمن اعمر شيئاً حياته فهوله حياته ومماته وقدروى عن جابر بلفظ آخر لا تعمروا ولاترقبوا فمن اعمر شيئاً أو ارقبه فهو لورثته فحديث أبى الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضاً لشرط المعمر الاانه يخيل انه أقل فى المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبتيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك واما من قال ان العمرى تعود الي المعمر انلم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه أعنى رواية أبي الزبير عن جابر وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال اسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوي مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير فى انها لاتنصرف الى المسكن أبداً على قول الجمهور فى العمري والحق ان الاسكان والتعمير معنى المفهوم منها واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذاصرح بالعقب مخالفاً له اذالم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه أهل الظاهر

﴿ القــــول في الاحكام ﴾

ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب جواز الاعتصار فى الهبة وهوالرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ان للاب ان يعتصر ماوهبه لابنه مالم يتزوج الابن أولم يستحدث دينا وبالجملة مالم يترتب عليه حق الغير وان للام أيضاً ان تعتصر ماوهبت انكان الاب حياً وقد روى عن مالك انها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لايجوز لاحد

ان

ان يعتصر ماوهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد ان يعتصر ماوهبه الاما وهب لذي رحم محرمة عليه وأجمعوا على ان الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله انه لايجوز لاحد الرجوع فيها * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار اصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه السلام لايحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد وقاس الام على الوالد وقال الشافعي لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة واما من أجاز الاعتصار الالذوي الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لايرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما اراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وأيضاً فان الاصل ان من وهب شيئاً عن غير عوض انه لا يقضى عليه به كالو وعد الاما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجمهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفي مرسلات مالك ان رجلا انصاريا من الخزرج تصدق على ابويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه السلام فقال قد اجرت في صدقتك وخذها بميراثك وخرج ابوداود عن عبد الله بن بريدة عن ابيه عن امراة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على امي بوليدة وانها ماتت وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم وجب اجرك ورجعت اليك بالميراث وقال اهل الظاهر لايجوز الاعتصار لاحد لعموم قوله عليه السلام لعمر لاتشتره في الفرس الذي تصدق به فان العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه والحديث متفق على صحته *قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه السلام انما بعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم اولا قسمين : القسم الاول النظر في الاركان . والثاني في الاحكام . ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة

القول في الاركان

والاركان اربعة الموصي والموصى له والموصى به والوصية اما الموصي فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذي يعقل القرب وقال ابو حنيفة لاتجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم واما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه السلام لاوصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال اسحاق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين والالف واللام تقتضي الحصر واحتج الجمهور بحديث عمر ان ابن الحصين المشهور وهو ان رجلا اعتق ستة اعبد له في مرضه عند موته لامال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا اجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزني لاتجوز *وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة او عبادة فمن

قال عبادة قال لاتجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة اجازها اذا اجازها الورثة وترددهذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه السلام لا وصية لوارث هل هو معقول المعني ام ليس بمعقول واختلفوا في الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لاتبطل وفى الوصية للقاتل خطئاً وعمداً وفى هذا الباب فرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم ان يرجعوا فى ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين ان يكون الورثة فى عيال الميت اولا يكونوا اعنى انهم ان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب

﴿ القــــول في الموصى به ﴾ والنظر في جنسه وقدره اما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا فى المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن ابى ليلى وابن شبرمة واهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع في معني الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لاملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر واما القدر فان العلماء اتفقوا على انه لا تجوز الوصية في اكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفى القدر المستحب منها هل هو الثلث اودونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لاتجوز فى اكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن ابى وقاص فقال له يارسول الله قد بلغ منى الوجع ما تري وانا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى افاتصدق بثلثي مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لاتجوز باكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه مادون الثلث لقوله عليه السلام فى هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة اوصى ابو بكر بالخمس واوصى عمر بالربع والخمس احب الى واما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة فى اعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند اهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لوغض الناس فى الوصية من الثلث الى الربع لكان احب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير واما اختلافهم فى جواز الوصية باكثر من الثلث لمن لاوارث له فان مالكا لايجيز ذلك والاوزاعى ، واختلف فيه قول احمد واجاز ذلك ابو حنيفة وإسحاق وهو قول ابن مسعود * وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى علله بها الشارع ام ليس بخاص وهو الا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه السلام لان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصاً وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة اوجعل جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث

﴿ القـــــــول فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية ﴾ والوصية بالجملة هى هبة الرجل ماله لشخص آخر اولاشخاص بعد موته او عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية او لم يصرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعنى ان للموصى ان يرجع فيما اوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ماسياتي فى كتاب التدبير . وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له الا بعد موت الموصى : واختلفوا فى قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها

أم لا فقال مالك قبول الموصى له اياها شرط فى صحة الوصية وروى عن الشافعي انه ليس القبول شرطاً فى صحتها ومالك شبهها بالهبة

القول فى الاحكام

وهذه الاحكام منها لفظية ومنها حسابيه ومنها حكمية فن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم فى حكم من اوصى بثلث ماله لرجل وعين ما اوصى له به فى ماله مماهو الثاث فقال الورثة ذلك الذى عين اكثر من الثاث فقال مالك الورثة مخيرون بين ان يعطوه ذلك الذى عينه الموصى اويعطوه الثاث من جميع مال الميت وخالفه فى ذلك ابو حنيفة والشافعى وأبو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قدوجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ماوجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن مارآ أبو عمر بن عبد البر فى هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك اخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشئ الموصى به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فأقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشئ الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثه مخيرون بين ان يدفعوا اليه ماوصى له به او يفرجوا له عن جميع ثاث مال الميت اما فى ذلك الشئ بعينه وإما في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك وقال أبو حنيفة والشافعى له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ماترك الميت حتي يستوفى تمام الثلث * وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى فى ان جعل وصيته في شئ بعينه فهل الاعدل فى حق الورثة ان يخيروا بين امضاء الوصية او يفرجوا له الى غاية مايجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله اويبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو الاولى واذا قلنا ان التعدى هو فى التعيين لكونه اكثر من الثلث أعنى ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها واذا وصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعى يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهي عنده من الثلث وهى عند الشافعى فى الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ولمالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولاخلاف انه لو اخرجها في الحياة انها من رأس المال ولو كان فى السياق وكان مالكا اتهمه هنا على الورثة أعنى فى توصيته باخراجها قال ولو اجيز هذا لجاز للانسان ان يوخر جميع زكاته طول عمره حتي اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو اضعف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء يريد فى المحاصة واتفق مالك وجميع اصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثاث اذا كانت مستوية انها تحاص في الثاث واذا كان بعضها اهم من بعض قدم الاهم واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم الحسابية المشهورة فى هذا الباب اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعى انهما يقتسمان الثاث بينهما اخماساً وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية * وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط فى نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل فى نفسه ولايبطل الاعتبار به فى القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال اخماساً ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال يقتسمون الباقى على السواء ومن مسائلهم اللفظية فى هذا الباب اذا اوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لايعلم به فعند مالك ان

الوصية تكون فيما علم به دون مالم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذى نطق به يتضمن ماعلم ومالم يعلم اوما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذا لم يخرج من المال الذى يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولاخلاف بينهم ان للرجل ان يوصى بعد موته باولاده وأن هذا خلافة جزئية كالخلافة العظمي الكلية التى للامام ان يوصى بها

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الفرائض

والنظر في هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائماً اومع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك اذاورث وحده كم يرث واذاورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث اولا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قدسلك اكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من اجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الاجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الاجناس الباقية من الوارثين فاما الاجناس الوارثة فهي ثلاثة ذوو نسب وأصهار وموالى . فأماذوو النسب فمنها متفق عليها ومنها مختلف فيها . فأما المتفق عليها فهى الفروع أعنى الاولاد والاصول أعنى الاباء والاجداد ذكوراً كانوا او اناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الاصل الادنى أعنى الاخوة ذكوراً وإناثا اوالمشاركة الادنى او الابعد فى اصل واحد وهم الاعمام وبنوالاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذافصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة اما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد ابو الاب وان علا والاخ من أى جهة كان أعنى للام والاب اولاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة وأما المختلف فيهم فهم ذووالارحام وهم من لا فرض لهم فى كتاب الله ولاهم عصبة وهم بالجملة بنو البنات وبنات الاخوة وبنو الاخوات وبنات الاعمام والعم اخوالاب للام فقط وبنوالاخوة للام والعمات والخالات والاخوال فذهب مالك والشافعى وأكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الافاق الى توريثهم والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا فى صفة توريثهم فذهب ابو حنيفة وأصحابه الى توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم الى التنزيل وهوان ينزل كل من ادلى منهم بذى سهم اوعصبة بمنزلة السبب الذى ادلي به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لامجال للقياس فيها كان الاصل الا يثبت فيها شئ الابكتاب او سنة ثابتة او اجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس ،أما الكتاب فقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض وقوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث . وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى ابى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من

لاوارث له وأما من طريق المعنى فان القدماء من اصحاب ابى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام اولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب اعني أن من اجتمع له سببان اولى ممن له سبب واحد وأما ابو زيد ومتأخروا اصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد اصحاب الفروض والعصبات لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللفريق الاول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من اجناس الوارثين ونذكر من ذلك مايجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

﴿ ميراث الصلب ﴾ وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناثاً معاً هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثاً فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروي عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف * والسبب في اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة او بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب انهما لاحقتان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم اعطى البنتين الثلثين قال فيما احسب ابو عمر بن عبد البر وعبدالله بن عقيل قد قبل جماعة من اهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى قوله وإن كانت واحدة فلها النصف وأجمعوا من هذا الباب على أن بني البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الاشئ روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لايحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين ، واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهن او ابعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال علي رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب ابو ثور وداود انه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقى لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر او فوقه اودونه وكان ابن مسعود يقول في هذه للذكر مثل حظ الانثيين الاان يكون الحاصل للنساء اكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى أيضاً لما كان الابن يعصب من فى درجته فى جملة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابي ثور حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله عزوجل فما ابقت الفرائض فلاول رجل ذكر ومن طريق المعنى ايضاً ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان احرى الاترث مع غيرها * وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح وأما قول ابن مسعود فمبنى على اصله فى أن بنات الابن لما كن لايرثن مع عدم الابن اكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير اكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهى حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان فى درجتهن اواطرف منهن وشذ بعض

المتأخرين فقال لايعصبهن الااذا كان فى مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتاً لصلب وبنت ابن او بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة فى ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال فى ابن الابن مع الابن فالاختلاف فى بنات الابن فى موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيمادون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيباً مطلقاً وقيل يرثن تعصيباً الا ان يكون اكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل ايضاً اذا كان ابن الابن فى درجتهن وقيل كيف ماكان والمتحصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيمافضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن

﴿ميراث الزوجات﴾

وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذالم تترك ولداً ولا ولد ابن النصف ذكراً كان الولد اوانثى الاما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولداً فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذالم يترك الزوج ولداً ولا ولد ابن الربع فان ترك ولداً اوولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهن احد عن الميراث ولاينقصهن الاالولد وهذا لورود النص فى قوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد الآية

﴿ميراث الاب والام﴾

وأجمع العلماء على أن الاب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللاب الباقى لقوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث : وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابيهما اذا كان للابن ولد اوولد ابن السدسان أعنى ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مماترك ان كان له ولد والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم فى ذلك من شذ وأجمعوا على أن الاب لاينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله مازاد وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى فان كان له إخوة فلامه السدس واختلفوا في أقل مايحجب الام عن الثلث إلى السدس من الاخوة فذهب علي رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعداً وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى انهم ثلاثة فصاعداً وأن الاثنين لايحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آئل الى أقل ماينطلق عليه اسم الجمع فمن قال أقل ماينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فمافوق ومن قال اثنان قال أقل ماينطلق عليه اسم الجمع قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى في قوله تعالى فان كان له إخوة ولاخلاف أن الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة فى الاية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا أنقل الام من الثلث الي السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة إلاأن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذ اسم الاخوة هوجمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفي أبوين وإخوة فقال الجمهور السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لانه ليس فى الاصول من يحجب ولاياخذ ماحجب الا الاخوة مع الاباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالغراوين وهى فيمن ترك زوجة وابوين اوزوجاً وابوين فقال الجمهور فى الاولى للزوجة الربع وللام ثلث مابقى وهو الربع من راس المال وللاب مابقى وهو النصف وقالوا فى الثانية للزوج النصف وللام ثلث مابقى وهو السدس من راس المال وللاب مابقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول علي رضى الله عنه وقال ابن عباس فى الاولى للزوجة الربع من راس المال وللام الثلث

منه

منه ايضاً لانها ذات فرض وللاب مابقى لانه عاصب وقال ايضاً فى الثانية للزوج النصف وللام الثلث لانهما ذات فرض مسمى وللاب مابقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور ان الاب والام لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقي وجب ان يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكأنهم رأوا ان يكون ميراث الام اكثر من ميراث الاب خروجاً عن الاصول وعمدة الفريق الاخر ان الام ذات فرض مسمى والاب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذوى الفروض بل يقل ويكثر وماعليه الجمهور من طريق التعليل اظهر وماعليه الفريق الثاني مع عدم التعليل اظهر واعنى بالتعليل هاهنا ان يكون احق سببي الانسان اولى بالايثار اعنى الاب من الام ﴿ ميراث الاخوة للام ﴾ واجمع العلماء على ان الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكراً كان اوانثى وانهم ان كانوا اكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء واجمعوا على انهم لايرثون مع اربعة وهم الاب والجد ابو الاب وان علا والبنون ذكرانهم واناثهم وبنوا البنين وان سفلوا ذكرانهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة اوامرأة وله اخ اواخت الاية وذلك ان الاجماع انعقد على ان المقصود بهذه الاية هم الاخوة للام فقط وقد قرئ وله اخ اواخت من امه وكذلك اجمعوا فيما احسب هاهنا على ان الكلالة هى فقد الاصناف الاربعة التى ذكرنا من النسب اعنى الاباء والاجداد والبنين وبنى البنين ﴿ ميراث الاخوة للاب والام اوللاب ﴾ واجمع العلماء على ان الاخوة للاب والام او للاب فقط يرثون فى الكلالة ايضاً اما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال فى البنات وانهم ان كانوا ذكوراً واناثاً فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إلا انهم اختلفوا فى معنى الكلالة هاهنا فى اشياء واتفقوا منها فى اشياء يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم اجمعوا من هذا الباب على ان الاخوة للاب والام ذكرانا كانوا اواناثا انهم لايرثون مع الولد الذكر شيئاً ولا مع ولد الولد ولا مع الاب دنيا واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا فى ميراث الاخوة للاب والام مع البنت أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون مافضل عن البنات وذهب داود بن على الظاهري وطائفة الى ان الاخت لاترث مع البنت شيئاً وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى ابنة وابنة ابن واخت ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ومابقى فللاخت وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الاخر ظاهر قوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلم يجعل للاخت شيئاً الامع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على ان الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياساً على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك فى حديث حسن من رواية الاحاد العدول عن على رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى البنات وأجمع العلماء على ان الاخوات للاب والام اذا استكملوا الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شئ كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فللاخوات للاب ما كمل بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك ان يكون في درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقى

للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبوثور وخالفه داود في هذه المسئلة مع موافقته له فى مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الاب مثل حظ الانثيين الاان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال فى بنت الصلب مع بنى الابن وادلة الفريقين في هذه المسئلة هى تلك الادلة باعيانها وأجمعوا على ان الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال فى بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقى للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى البنين الا فى موضع واحد وهي الفريضة التى تعرف بالمشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة توفيت وتركت زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب والام بلاشئ فكانوا يشركون الاخوة للاب والام فى الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء الامصار مالك والشافعى والثورى وكان على رضى الله عنه وابى بن كعب وأبوموسى الاشعرى لايشركون اخوة الاب والام في الثلث مع اخوة الام فى هذه الفريضة ولايوجبون لهم شيئاً فيها وقال به من فقهاء الامصار أبوحنيفة وابن أبي ليلى وأحمد وأبوثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون الاخوة في السبب الذى به يستوجبون الارث وهي الام فوجب الاينفردوا به دونهم لانه اذا اشتركوا فى السبب الذى به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثانى ان الاخوة الشقائق عصبة فلاشئ لهم اذا احاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجا واما واخاواحداً لام واخوة شقائق عشرة أوأكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملا والسدس الباقى بين الباقين مع انهم مشاركون له في الام* فسبب الاختلاف فى أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

ميراث الجد

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب فى حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبوبكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبوحنيفة وأبوثور والمزنى وابن شريح من أصحاب الشافعى وداود وجماعة واتفق على بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا فى كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب اتفاقهما في المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاقهما فى كثير من الاحكام التى أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال امايتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولايجعل اب الاب ابا وقد اجمعوا على انه مثله فى احكام اخر سوي الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لايقتص له من جد كما لايقتص له من اب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ اقرب الى الميت من الجد لان الجد ابو ابى الميت والاخ ابن ابي الميت والابن اقرب من الاب وايضاً فما اجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم علي العم وهو يدلى بالاب والعم يدلى بالجد* فسبب الخلاف تعارض القياس فى هذا الباب فان قيل فاى القياسين ارجح بحسب النظر الشرعي قلنا قياس من ساوى بين الاب والجد فان الجد اب فى المرتبة الثانية أوالثالثة كما ان ابن الابن ابن فى المرتبة الثانية اوالثالثة واذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولافرع وانما هو

مشارك

مشارك له في الاصل والاصل احق بالشئ من المشارك له في الاصل والجد ليس هو اصلا للميت من قبل الاب بل هو اصل اصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذى هو اصل لاصله اولى من الذى هو فرع لاصله ولذلك لامعنى لمن قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الاخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن ابيه والجد ابو الميت والبنوة انما هي اقوى في الميراث من الابوة فى الشخص الواحد بعينه اعنى الموروث واما البنوة التي تكون لاب الموروث فليس يلزم ان تكون في حق الموروث اقوى من الابوة التى لاب الموروث لان الابوة التي لاب الموروث هى ابوة ما للموروث اعنى بعيدة وليس البنوة التي لاب الموروث بنوة ما للموروث لاقريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ احق من الجد لان الاخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجد يدلى بالابوة وهو قول غالط مخيل لان الجداب ما وليس الاخ ابنا ما * واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة فى كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد فى ذلك انه لايخلوا ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى اولايكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى اعطى الافضل له من اثنين اما ثلث المال واما ان يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا اواناثا اوالامرين جميعاً فهو مع الاخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين والثلاثة ومع الاربعة ياخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس اخوات له الثلث لانه افضل له من المقاسمة فهذه هى حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم واما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدا باهل الفروض فياخذوا فروضهم فما بقى اعطى الافضل له من ثلاث اما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما ان يعطى السدس من راس المال لاينقص منه ثم ما بقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الافى الاكدرية على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء واما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس اوالمقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض اولم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئاً لانهم لما اجمعوا ان الابناء لاينقصونه منه شيئاً كان احرى الاينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن ما يجب لهم وهو الثلث وبقول زيد قال مالك والشافعي والثورى وجماعة وبقول على رضى الله عنه قال ابو حنيفة واما الفريضة التى تعرف بالاكدرية وهي امراة توفيت وتركت زوجا واماً واختاً شقيقة وجداً فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العدل وكان على بن ابي طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة الا ان زيداً يجمع سهم الاخت والجد يقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد فى هذه الفريضة وقيل إنما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الا ابن عباس فانه روى عنه انه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وأيم الله لو قدم من قدم الله وأخر من اخر الله ما عالت فريضة قيل له وأيها قدم الله وأيها أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عزوجل عن موجبها الا الى فريضة اخرى فهي ما قدم الله وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقي فتلك التي أخر الله فالاول مثل الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله فان بقى شئ فلمن اخر الله والا فلا شئ له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى

انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق إخوة الاب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه
بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئاً الا ان يكون السابق اختاً واحدة فانها تعاد الجد باخوتها
للاب ما بينهما وبين ان تستكمل فريضتها وهى النصف وان كان فيما يحاز لها ولاخوتها لابيها فضل عن نصف رأس
المال كله فهو لاخوتها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضى
الله عنه فكان لا يلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان هذا الفعل أيضاً مخالف
الاصول أعنى ان يحتسب بمن لا يرث واختلف الصحابة رضى الله عنهم فى الفريضة التى تدعى الخرقاء وهى ام واخت
وجد على خمسة اقوال فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقى للجد وحجبوا به الاخت
وهذا على رأيهم في اقامة الجد مقام الاب وذهب على رضى الله عنه الى أن للام الثلث وللاخت النصف ومابقى للجد
وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث
وللام السدس وكان يقول معاذ الله ان افضل اماً على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث وما بقى بين الجد والاخت
للذكر مثل حظ الانثيين

ميراث الجدات

وأجمعوا على ان للجدة
ام الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضاً ام الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا
فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى ان الجدة ام الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان
السدس بينهما اذا كان قعودهما سواء اوكانت ام الاب أقعد فان كانت ام الام أقعد اي اقرب الى الميت كان لها السدس
ولم يكن للجدة ام الام شئ وقد روى عنه ايهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار
ابو حنيفة والثورى وابو ثور وهؤلاء ليس يورثون الا هاتين الجدتين المجتمع على توريثهما وكان الاوزاعي واحمد
يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب ام الاب وام ابي الاب اعنى الجد وكان ابن مسعود
يورث اربع جدات ام الام وام الاب وام ابى الاب اعنى الجد وام ابي الام اعنى الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان
ابن مسعود يشرك بين الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها اوبنت بنتها وقد روى عنه انه
كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروي عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن أماً وهو شاذ
عند الجمهور ولكن يسقط من القياس فعمدة زيد واهل المدينة والشافعى ومن قال بمذهب زيد مارواه مالك انه
قال جاءت الجدة الى أبى بكر رضى الله عنه تسئله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك فى كتاب الله عز وجل شئ وماعلمت
لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعى حتى اسئل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله
صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس فقال ابو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ماقال المغيرة فأنفذه
ابو بكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسئله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شئ وما
كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك وما انا بزائد فى الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو لكما
وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك ايضاً انه اتت الجدتان الى ابي بكر فاراد ان يجعل السدس للتى من قبل الام
فقال له رجل اما انك تترك التى لو ماتت وهو حي كان اياها يرث فجعل ابو بكر السدس بينهما قالوا فواجب الاتعدى
في هذا هذه السنة واجماع الصحابة واما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم
ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنين من قبل الاب وواحدة من قبل الام واما ابن مسعود فعمدته

القياس

القياس في تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه واختلف هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى انه يحجب وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوبا بالاب وجب ان تكون الجدة اولى بذلك وايضاً فلما كانت ام الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك ام الاب مع الاب وعمدة الفريق الثانى ماروى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة اعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدساً جدة مع ابنها وابنها حي قالوا ومن طريق النظر لما كانت الام وام الام لا يحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغى أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيداً الا فى فريضة واحدة وهي امرأة هلكت وتركت زوجاً واماً وإخوة لام واخوة لاب وام وجداً فقال مالك للزوج النصف وللام السدس وللجد ما بقى وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شئ وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس وما بقي للاخوة الشقائق تخالف مالك في هذه المسئلة اصله من ان الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحجته أنه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به وأما زيد فعلى أصله فى أنه لا يحجبهم

﴿باب في الحجب﴾

وأجمع العلماء على ان الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وأن بنى الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبنوا الاخ للاب أولي من بنى ابن الاخ للاب والام وبنوا الاخ للاب أولي من العم أخي الاب وابن العم أخو الاب الشقيق اولى من ابن العم اخي الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ومن حجب منهم صنفاً فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة اما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من ادلى بسببين ام واب من ادلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الاعمام الاقرب منهم يحجب الابعد فان استووا حجب من يدلى منهم الى الميت بسببين من يدلي بسبب واحد اعنى انه يحجب العم اخو الاب لاب وام العم الذى هو اخو الاب لاب فقط واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو المتوفى والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنيهم والاباء اجدادهم والبنون بنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم احدهما أخ للام فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى للاخ للام السدس من جهة ماهو أخ لام وهو في باقى المال مع ابن العم الاخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل فى بيت المال وبه قال مالك والشافعى وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا فى كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقى وهكذا فى جزء جزء

وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط اى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب
واحد وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب المواريث يجب ان نذكرها هنا
فمنها أنه أجمع المسلمون على ان الكافر لايرث المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا
ولما ثبت من قوله عليه السلام لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر وفى ميراث المسلم المرتد
فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الي أنه لايرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت
وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم
يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا ان ننكح نساءهم ولا يجوز لنا ان ننكحهم نساءنا كذلك الارث
ورووا فى ذلك حديثاً مسنداً قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضاً بالقصاص فى الدماء التى لا تتكافأ واما
مال المرتد إذا قتل أومات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعى
وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من
المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص
العموم بالقياس وقياسهم في ذلك هو ان قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون
بسبب واحد وهو الاسلام وربما اكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل انه لايوخذ فى الحال حتى يموت
فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لايكون الا ان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر
على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعى وغيره يوخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في ايام الردة والطائفة الاخري تقول
يوقف ماله لا ان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق
الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عندما يرتد واظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على توريث أهل
الملة الواحدة بعضهم بعضاً واختلفوا فى توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان أهل الملل المختلفة لا
يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور والثورى وداود وغيرهم
الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلي وجماعة يجعلون الملل التى لا تتوارث ثلاثا النصارى واليهود
والصابين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن أبي ليلي مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال
بقوله ماروى الثقات عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لايتوارث اهل ملتين
وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه السلام لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المفهوم من هذا بدليل
الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في توريث الحملاء
والحملاء هم الذين يحملون باولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام اعنى انهم يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون الى
بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة اقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو
قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحاق وقول انهم لايتوارثون الا ببينة تشهد على انسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة
وقول انهم لايتوارثون اصلا وروى عن عمر الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه انه كان لايورث الا من ولد فى بلاد العرب وهو قول
عثمان وعمر بن عبد العزيز واما مالك واصحابه فاختلف فى ذلك قولهم فمنهم من رآ الايورثون الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم
من رآ الايورثون اصلا ولا بالبينة العادلة وممن قال بهذا القول من اصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن

مالك

مالك في اهل حصن نزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه انهم يتوارثون بلا بينة لان مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور وذلك انهم قالوا ان خرجوا إلى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم في انسابهم واما ان ادركهم السبي والرق فلا يقبل قولهم إلا ببينة ففي المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمر ان من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون ان يورثهم أعنى باهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمداً وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب في معنى الارث وانهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع إلا بالموت واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب او غرق أو هدم ولا يدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يورث بعضهم من بعضهم وان ميراثهم جميعاً لمن بقى من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى وذهب على وعمر صاحبه رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنهم وجمهور البصريين إلى أنهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ما ورث بعضهم من بعض أعنى انه لا يضم الى مال الموروث ما ورث من غيره فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما الف درهم فيورث الزوج من المرأة خمس مائة درهم وتورث المرأة من الالف التي كانت بيد الزوج دون الخمس المائة التي كانت بيد الزوج ربعها وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وأنه ليس لامه الا الثلث والباقى لبيت المال الا ان يكون له اخوة لام فيكون لهم الثلث أو تكون امه مولاة فيكون باقى المال لمواليها والا فالباقى لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الارحام أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضاً من يقول بالرد يرد على الام بقية المال وذهب على وعمر وابن مسعود الى أن عصبته عصبة امه أعنى الذين يرثونها وروى عن على وابن مسعود انهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة امه الا مع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول عموم قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فقالوا هذه ام وكل ام لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثانى ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه الحق ولد الملاعنة بامه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تحوز ثلاثة موال عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبو داود وغيره * قال القاضى هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على ان السنة يخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في الصدر الاول واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله اعلم ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين واقر احدهم باخ ثالث وانكر الثانى فقال مالك وابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المقر ان يعطيه

من الميراث شيئاً واختلف مالك وابو حنيفة فى القدر الذى يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو اقر
الاخ الثانى وثبت النسب وقال ابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وابى حنيفة فيمن ترك
ابناً واحداً فاقر باخ له آخر اعنى انه لا يثبت النسب ويجب الميراث واما الشافعى فعنه فى هذه المسئلة قولان احدهما انه
لا يثبت النسب ولا يجب الميراث والثانى يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذى عليه تناظر الشافعية فى المسائل الطبلولية
ويجعلها مسئلة عامة وهو ان كل من يحوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحداً اخا او غير ذلك وعمدة الشافعية
فى المسئلة الاولى وفى احد قوليه فى هذه المسئلة اعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدي عدل وحيث
لا يثبت فلا ميراث لان النسب اصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وابى حنيفة ان ثبوت
النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذى بيد المقر فاقراره
فيه عامل لانه حق اقر به على نفسه والحق ان القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وانه لا
يجوز له بين الله تعالي وبين نفسه ان يمنع من يعرف انه شريكه في الميراث حظه منه واما عمدة الشافعية في
اثباتها النسب باقرار الواحد الذى يحوز الميراث بالسماع والقياس اما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن
عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة بن ابى وقاص عهد الى اخيه سعد بن ابى وقاص ان ابن وليدة
زمعة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح اخذه سعد ابن ابى وقاص وقال ابن اخي قد كان عهد الى فيه فقام اليه
عبد بن زمعة فقال اخي وابن وليدة ابي ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد
يا رسول الله ابن اخي قد كان عهد الي فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال اخي وابن وليدة ابى ولد على فراشه فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلي الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم
قال لسودة بنت زمعة احتجبى منه لما رآ من شبهه بعتبة بن ابى وقاص قال فما رآها حتى لقى الله عز وجل فقضى رسول
الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة باخيه واثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازع له وأما اكثر الفقهاء
فقد اشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه فى اثبات النسب ولهم فى ذلك تاويلات
وذلك أن ظاهر هذا الحديث انه اثبت نسبه باقرار اخيه به والاصل ان لا يثبت نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأول
الناس فى ذلك تاويلات فقالت طائفة انه انما اثبت نسبه عليه السلام بقول اخيه لانه يمكن ان يكون قد علم ان تلك
الامة كان يطأها زمعة بن قيس وانها كانت فراشاً له قالوا ومما يؤكد ذلك انه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت
زوجته عليه السلام فيمكن ان لا يخفى عليه امرها وهذا على القول بان للقاضى ان يقضى بعلمه ولا يليق هذا التاويل
بمذهب مالك لانه لا يقضى القاضى عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعى على قوله الاخر أعنى الذى لا يثبت فيه النسب
والذين قالوا بهذا التاويل قالوا انما امر سودة بالحجبة احتياطاً لشبهة الشبه لا أن ذلك كان واجباً وقال لمكان
هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الاخت عن اخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم
يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء فى تاويل قوله عليه السلام هو لك فقالت طائفة انما اراد هو
عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش
وللعاهر الحجر وقال الطحاوى انما اراد بقوله عليه السلام هو لك يا عبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط
على اللقطة وهذه التاويلات تضعف لتعليله عليه السلام حكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وأما المعنى الذى

يعتمده الشافعية فى هذا المذهب فهوان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لااقرار خلافة يريد ان الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه واتفق الجمهور على أن اولاد الزنا لايلحقون بآبائهم الافى الجاهلية على ماروى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الاسلام أعنى الذى كان عن زنا فى الاسلام واتفقوا على أن الولد لايلحق بالفراش فى اقل من ستة اشهر امامن وقت العقد وامامن وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى اقصر زمان الحمل وان كان قدفارقها واعتزلها واختلفوا فى اطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض اصحابه سبع وقال الشافعى اربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة اشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو اقرب الى المعتاد والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد لابالنادر ولعله ان يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعى الى ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها او دخل بها بعد الوقت وانت بولد لستة اشهر من وقت العقد لامن وقت الدخول انه لايلحق به الااذا اتت به لستة اشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال ابو حنيفة هى فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الابامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة ابى حنيفة عموم قوله عليه السلام الولد للفراش وكانه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب فى اثبات النسب بالقافة وذلك عندما يطأ رجلان في طهر واحد بملك يمين اوبنكاح ويتصور الحكم أيضاً بالقافة فى اللقيط الذى يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه اشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء الامصار مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور والاوزاعى وابا الحكم بالقافة الكوفيون واكثر اهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولداً كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطاً اوكانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الامة او الحرة يطأها رجلان فى طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول انما يجوزون ان يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب ابى حنيفة يجوز ان يكون ابناً لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة ماروواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط اولاد الجاهلية بمن استلاطهم اى بمن ادعاهم في الاسلام فاتي رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفاً فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتيني فى ابل لاهلها فلايفارقها حتى يظن ونظن انه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دماً ثم خلف هذا عليها يعني الاخر فلاادرى ايهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وال ايهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبى حتى يبلغ ويقال له وال ايهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال أبو ثور يكون ابناً لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابناً للاثنين لقوله تعالى يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وانثى واحتج القائلون بالقافة أيضاً بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق اسارير وجهه فقال ألم تسمع ماقال مجزز المدلجى لزيد واسامة ورآ اقدامها فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولامخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا الاصل الايحكم لاحد المتنازعين فى الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه

السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش اواشتركا فى الفراش كان ذلك بينهما وكانهم رأوا ذلك بنوة شرعية لاطبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لايمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل الايجوز وقوع ذلك فى الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن على وقال الشافعى لايقبل فى القافة الارجلان وعن مالك فى ذلك روايتان إحداهما مثل قول الشافعي والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة فى المشهور عن مالك انما يقضى بها فى ملك اليمين فقط لافي النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال ابو عمر بن عبد البر فى هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث واهل الظاهر رواه الثورى عن صالح بن حي عن الشعبى عن زيد بن ارقم قال كان علي باليمن فاتي بامرأة وطئها ثلاثة اناس في طهر واحد فسأل كل واحد منهم ان يقر لصاحبه بالولد فابى فاقرع بينهم وقضى بالولد للذى اصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فاعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفى هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحاق الولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القاتل على اربعة اقوال فقال قوم لايرث القاتل اصلا من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الاقل وفرق قوم بين الخطا والعمد فقالوا لايرث فى العمد شيئاً ويرث فى الخطا الامن الدية وهو قول مالك واصحابه وفرق قوم بين ان يكون في العمد قتل بامر واجب او بغير واجب مثل ان يكون من له اقامة الحدود وبالجملة بين ان يكون ممن يتهم اولايتهم * وسبب الخلاف معارضة اصل الشرع فى هذا المعنى للنظر المصلحي وذلك أن النظر المصلحي يقتضى الايورث ليلايتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد يوجب الايلتفت الى ذلك فانه لوكان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسياً كما تقول الظاهرية واختلفوا فى الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت موروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر فى ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذى مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه اصلا سواء اسلم قبل قسم الميراث أو بعده وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم او بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة المعتبر فى ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم أيما دار اوارض قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار اوارض ادركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم فى ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم فى وقت الموت للمقسوم بحكم الاسلام وروى من حديث عطاء أن رجلا اسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن اعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هى المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال القاضى ولما كان الميراث انما يكون باحد ثلاثة أسباب إما بنسب او صهر أو ولاء وكان قد قيل فى الذى يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكر هاهنا الولاء ولمن يجب ومن يجب فيه ممن لايجب وما أحكامه

باب في الولاء

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لهذا الباب

المسئلة الاولى

اجمع العلماء على ان من اعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وانه عطية له اذا كان هنالك ورثة لايحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام فى حديث بريرة إنما الولاء لمن اعتق واختلفوا اذا اعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لاللذى باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعى ان اعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان اعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة

الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز ان يلتحق نسب بالجد بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له اصله اذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا اعتقه عنه فقد ملكه اياه فاشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على انه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك انه من قال لعبده انت حر لوجه الله وللمسلمين ان الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق

﴿المسألة الثانية﴾ اختلف العلماء فيمن اسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولاء له وقال ابو حنيفة واصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك ان من مذهبهم أن للرجل ان يوالي رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له ان ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم إنما الولاء لمن اعتق وانما هذه هى التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هى عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصاً بالمحكوم عليه لايشاركه فيه غيره أعنى الايكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية فى إثبات الولاء بالموالات قوله تعالى ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون وقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الدارى قال سألت رسول الله صلي الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدى مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر بن عبد العزيز وعند الفريق الاول أن قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الولاء ولاهبته لثبوت نهيه عليه السلام عن ذلك الاولاء السائبة

﴿المسألة الثالثة﴾ اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا أن يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعى وابو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له ان يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان إبراهيم والشعبى يقولان لاباس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هى الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها، وأما من اجاز بيعه فلا أعرف له حجة فى هذا الوقت

﴿المسألة الرابعة﴾ اختلف العلماء فى ولاء العبد المسلم اذا أعتقه النصرانى قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان اسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولاميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان اسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وانه اذا اسلم الاب بعد إسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد واما عمدة مالك فعموم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرا عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا انه اذا اعتق النصراني الذمى عبده النصرانى قبل ان يسلم احدهما ثم اسلم العبد ان الولاء يرتفع فان اسلم المولي عاد اليه وان كانوا اختلفوا فى الحربى يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال ابو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد ان يوالى من شاء على مذهبه فى الولاء والتحالف وخالف اشهب مالكا فقال اذا اسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه ابداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هى مفروضة فى القول لاتقع بعد فانه ليس من دين النصاري ان يسترق بعضهم

بعضاً ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون انه من مللهم ﴿المسـئلة الخامسة﴾

اجمع جمهور العلماء على ان النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بأنفسهن اوما جر اليهن من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب مثل معتق معتقها او ابن معتقها وانهن لا يرثن معتق من يرثنه الا ما حكي عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء ما اعتقت بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه موروثها قياساً على الرجل وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى وهو ارفع مراتب القياس وانما الذي يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق اوكان من سبب قوي من اسبابه وهم العصبة قال القاضي واذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقي النظر في ترتيب اهل الولاء في الولاء فمن اشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين او ابنين ثم مات احد الاخوين وترك ابناً او احد الابنين فقال الجمهور في هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للمعتق وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من اهل البصرة حق الاخ الميت في هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول ان الولاء نسب مبداه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بجر الولاء وصورتها ان يكون عبد له بنون من امة فاعتقت الامة ثم اعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا اعتق الاب وذلك انهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا لم يمس المولود الرق في بطن امه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لموال الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يجر ولاء بنيه لمواليه ام لا فقيل يجر وبه قال علي رضي الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يجر ولاءه وروي عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر ابن الخطاب وان كان قد روي عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثاني أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى ان الجد يجر ولاء حفدته اذا كان ابوهم عبداً الا ان يعتق الاب وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمدوا في ذلك على ان ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى الا يكون للجد وعمدة الفريق الثاني ان عبودية الاب هي كموته فوجب ان ينتقل الولاء الى ابي الاب ولا خلاف بين من يقول بان الولاء للعصبة فيما اعلم ان الابناء احق من الآباء وانه لا ينتقل الى العمود الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم اقوى تعصيباً من الابوة والاب اضعف تعصيباً والاخوة وبنوهم اقعد عند مالك من الجد وعند الشافعي وابي حنيفة الجد اقعد منهم *وسبب الخلاف من اقرب نسباً واقوي تعصيباً وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصيباً فاذا مات المولى الاسفل ولم يكن له ورثة اصلا اوكان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الاعلى وكذلك يعصب المولى الاعلى كل من للمولى الاعلى عليه ولادة نسب اعني بناته وبنيه وبني بنيه وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي اذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول علي بن ابي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر بن الخطاب وعليه فقهاء الامصار

بسم الله

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب العتق

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعني بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الايمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فانما نذكر من هذه الابواب مافيها من المسائل المشهورة التي يتعلق اكثرها بالمسموع فامامن يصح عتقه فانهم اجمعوا على انه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم الغنى غير العديم واختلفوا فى عتق من احاط الدين بماله وفى عتق المريض وحكمه فأمامن احاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا فى جواز عتقه فقال اكثر المدينة مالك وغيره لايجوز ذلك وبه قال الاوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يري التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك فى ذلك الجواز قياساً على ماروى عنه في الرهن انه يجوز وان احاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء فليس له أن يخرج منه شيء بغير عوض وهى العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف والاحكام يجب ان توجد مع وجود عللها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثاني انه قد انعقد الاجماع على أن له ان يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئاً مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعى ولا خلاف عند الجميع أنه لايجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من مماليكه الامالكا واكثر اصحابه فانهم اجازوا عتقه لام ولده وأما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال اهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلا أعتق ستة أعبد له الحديث على ماتقدم وامامن يدخل عليه العتق كرهاً فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه فى احد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فامامن بعض العتق فانه ينقسم قسمين احدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق والثاني ان يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فاما العبد بين الرجلين يعتق احدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا فى حكم ذلك فقال مالك والشافعى واحمد بن حنبل إن كان المعتق موسراً قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شيء وبقى المعتق بعضه عبداً واحكامه احكام العبد وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معسراً سعى العبد في قيمته للسيد الذى لم يعتق حظه منه وهو حر يوم اعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للاول وبه قال الاوزاعى وابن ابي شبرمة وابن ابى ليلى وجماعة الكوفيين الا ان أبا شبرمة وابن ابى ليلى جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى ايسر وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات احدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لاخلاف فيه بينهم والخيار الثانى ان تقوم عليه حصته والثالث ان يكلف العبد السعي فى ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ماعتق وعمدة محمد وابى يوسف صاحبا ابى حنيفة ومن يقول بقولهم حديث ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقصاً له في عبد فخلاصه فى ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه اهل الصحيح البخارى

ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول فى ترجيح حديثه الذى اخذ به فما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك فى الزيادة المعارضة فيه لحديث ابى هريرة وهو قوله والا فقد عتق منه ما عتق فهل هو من قوله عليه السلام ام من قول نافع وان فى الفاظه ايضاً بين رواته اضطراباً ومما وهن به المالكيون حديث ابى هريرة انه اختلف اصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية واما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلك على انه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى ادخله على شريكه والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شئ وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية حق ما شرعى لا يجوز تبعيضه فاذا كان الشريك المعتق موسراً عتق الكل عليه واذا كان معسراً سعى العبد فى قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان نوع يقع بالاختيار وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه وجب ان يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى واختلف مالك والشافعى فى أحد قوليه إذا كان المعتق موسراً هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى انه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بانه لو كان واجباً بالسراية لسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه السلام قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه وإنما يجب بعد إتلافه فاذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه فى وقت الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وهذا بين وقول أبى حنيفة فى هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك فى بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن اعتق نصيباً له فى عبد ان العتق باطل وهذا كله خلاف الاحاديث ولعلهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول مالك من هذا فى فرع وهو اذا كان معسراً فتأخر الحكم عليه باسقاط التقويم حتى أيسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصاً يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقى ان كان موسراً الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه فى حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم فى حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا * واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعى والثورى والاوزاعى وأحمد وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وابو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذى عتق ويسعى العبد فى الباقى وهو قول طاوس وحماد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة فى إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى ان يجب ذلك عليه فى ملكه وعمدة أبى حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر *فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة ذا الحكم حرمة العتق أعنى ألا يقع فيه تبعيض او مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن أمية عن ابيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور ما رواه النساءى وأبو داود عن ابى المليح عن ابيه أن رجلا من هذيل اعتق شقصاً له من مملوك فتمم النبى عليه السلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها الجمهور وصارت علتهم اولى لان العلة المنصوص عليها اولى من المستنبطة * فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس *واما الاعتاق الذى يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعى من مثل بعبده اعتق عليه وقال ابو حنيفة والشافعى لا يعتق عليه وشذ الاوزاعى فقال من مثل بعبد

غيره اعتق عليه والجمهور على انه يضمن مانقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباعاً وجد غلاماً له مع جارية فقطع ذكره وجدع انفه فأتي النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ماحملك على مافعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر من لطم مملوكه او ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وانما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ماخصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها فلم يبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة واما هل يعتق على الانسان أحد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الاداود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قربى والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة أحدها اصوله وهم الاباء والاجداد والجدات والامهات وآباؤهم وامهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة والثاني فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سفلوا سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر او انثى والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا الاب وام أو لاب فقط او لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بني الاخوة وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الاعلى والاسفل وخالفه في الاخوة فلم يوجب عتقهم وأما أبو حنيفة فاوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم *وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام لايجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه إذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ماقالوا صوابا لكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية مارواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية ان تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هي ضد العبودية وانه ليس يجتمع معها لقوله تعالى وماينبغي للرحمان ان يتخذ ولداً ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمان عبداً وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة والعبودية التي بين المخلوقين والمولاية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوي الابوة في جنس الوجود أو في نوعه أعني ان الموجودين اللذين أحدهما اب والاخر ابن هما متقاربان جزءاً حتى أنهما اما ان يكونا من نوع واحد او من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح ان يكون في الموجودات التي ها هنا شيء نسبته اليه نسبة الاب الى الابن بل ان نسبته الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد كان أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعني تباعد طرفيهما

فى الشرف والخسة صرف المثال بها أعنى نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الاب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التى تتعلق بالعتق الذى يدخل على الانسان بغير اختياره وقد اختلفوا من أحكام العتق فى مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن اعتق عبيداً له فى مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعى وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا اعتق فى مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة اجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم فى الوصية بعتقهم وخالف اشهب واصبغ مالكا فى العتق المبتل فى المرض فقالا جميعاً انما القرعة فى الوصية واما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر ولا خلاف فى مذهب مالك ان المدبرين فى كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال ابو حنيفة واصحابه فى العتق المبتل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلاثة فقوم من هؤلاء اعتبروا فى ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعى وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل او اكثر وذلك ايضاً بالقرعة بعد ان يجبروا على القسمة اثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة اهل الحجاز ما رواه اهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة خرجه البخارى ومسلم مسنداً وارسله مالك وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تاتي بطرق الآحاد اذا خالفها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد اوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الاصل ليس بينا من قواعد الشرع في هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد الزم الشرع مبعض العتق ان يتمم عليه فلما لم يمكن ها هنا ان يتمم عليه جمع في اشخاص باعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة فى ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الاولى ان يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق فى كل واحد منهم هو حق الله فوجب ان يجمع في اشخاص باعيانهم اصله حق الناس واختلفوا فى مال العبد اذا اعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالاول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء ابو حنيفة والثوري واحمد واسحاق وبالثانى قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك واهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من اعتق عبداً فماله له الا ان يشترط السيد ماله واما الفاظ العتق فان منها صريحاً ومنها كناية عند اكثر فقهاء الامصار واما الالفاظ الصريحة فهو ان يقول انت حر اوانت عتيق اوما تصرف من هذه فهذه الالفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء واما الكناية فهى مثل قول السيد لعبده لا سبيل لى عليك اولا ملك لى عليك فهذه ينوى فيها سيد العبد هل اراد به العتق أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده يابنى اولامته يابنتي اوقال ياابى اويا امى فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال ابو حنيفة يعتق عليه وشذ زفر فقال لو قال السيد لعبده هذا ابنى عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما انت الا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصرى ومن هذا الباب ايضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له انت حر وقال انما اردت الاول فقيل يعتقان عليه جميعاً وقيل ينوى واتفقوا على ان من اعتق ما فى بطن امته فهو حر دون الام واختلفوا

فيمن اعتق امة واستثنى مافي بطنها فقالت طائفة له استثناؤه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق اعني قول القائل لعبده انت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم اياه باليمين والفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق واما احكامه فكثيرة منها ان الجمهور على ان الابناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا ان يكون الاب عربياً ومنها اختلافهم في العتق الى اجل فقال قوم ليس له ان يطاها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه اعني من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالاول قال ابو حنيفة واصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الكتابة ﴾

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في اركانها وشروطها واحكامها : أما الاركان فثلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقد والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لاهل الامصار في جنس جنس من هذه الاجناس

﴿ القول في مسائل العقد ﴾

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب او مندوب اليه فقال فقهاء الامصار انه مندوب وقال اهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً والامر على الوجوب وأما الجمهور فانهم لما رأوا أن الاصل هو الايجبر احد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الاصل وأيضاً فانه لما لم يكن للعبد ان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض فاحرى ان يحكم له عليه بخروجه عن عوض هو مالكه وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هي اقرب ان تكون من احكام العقد من ان تكون من اركانه وهذا العقد بالجملة هو ان يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان هذا العقد الثمن والمثمون والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على انه يجوز اذا كان معلوماً بالعلم الذي يشترط في البيوع واختلفوا اذا كان في لفظه ابهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز ان يكاتب عنده على جارية او عبد من غير ان يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر في هذا طلب المغابنة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعي واحمد وعن ابي حنيفة القولان جميعاً وعمدة من اجازه انه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز ان تكون مؤجلة واختلفوا في هل تجوز حالة وذلك أيضاً بعد اتفاقهم على انها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة وأما الكتابة فهي التي يشترى العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فموضع الخلاف انما هو هل يجوز ان يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده فقال الشافعي هذا الكلام انه وليس

يلزم السيد منه شئ وقال متأخروا اصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه السيد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد اوجب لعبده الكتابة الا انه اشترط فيها شرطاً يتعذر غالباً فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع جاريته واشترط الايطأها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر ادى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من اركانها ان تكون منجمة وانه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على انه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على الف درهم فاذا اديتها فانت حر انه اذا اداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبتك على الف درهم وسكت هل يكون حراً دون ان يقول له فاذا اديتها فانت حر فقال مالك وابو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع احكامه وقال قوم لا يكون حراً حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه وأما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والا بقي عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويردان الى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعني كتابة مثله في الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شئ وبعضهم حده وأما المكاتب ففيه مسائل. إحداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق وأما كتابة المراهق القوى على السعي الذى لم يبلغ الحلم فاجازها ابو حنيفة ومنعها الشافعي الا للبالغ وعن مالك القولان جميعاً فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه انه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الاجانب وأن المقصود من ذلك انما هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم الا بعتق جميعهم فيه أيضاً خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو احد قولى الشافعي وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن اجاز الجمع ثلاثة اقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعني حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر لان قدر ما يلزم واحداً واحداً من ذلك مجهول وعمدة من اجازه أن الغرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبده والعبد وماله لسيده وأما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لا فرق

بينها وبين حمالة الاجنبيين فمن رآ أن حمالة الاجنبيين في الكتابة لاتجوز قال لاتجوز في هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شئ يرجع عليه وهذا كانه ليس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض وانما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر على السعي يعجز من لايقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال ايضاً ان الجمع يكون سبباً لان يخرج حراً من لا يقدر من نفسه ان يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود برق من يقدر على السعي كذلك يعود بحرية من لايقدر على السعى وأما ابو حنيفة فشبهها بحمالة الاجنبى مع الاجنبى في الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا ايضاً لايجيز حمالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما ان يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز ان يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولايجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثانى قال ابن ابي ليلي وأحمد وبالثالث قال ابو حنيفة والشافعي في احد قوليه وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك انه لو جاز ذلك لادى الى ان يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه وذلك لايجوز الا فى تبعيض العتق ومن رآ أن له ان يكاتبه رآ ان عليه ان يتم عتقه اذا ادي الكتابة اذا كان موسراً فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لايوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل ان لا يوافقه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وابو حنيفة يرى فى كيفية اداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما ادى للشريك الذى كاتبه ياخذ منه الشريك الثانى نصيبه ويرجع بالباقي على العبد فيسعي له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول وأما هل تجوز مكاتبة من لايقدر على السعى فلا خلاف فيما اعلم بينهم ان من شرط المكاتب ان يكون قويا على السعى لقوله تعالى إن علمتم فيهم خيراً وقد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله إن علمتم فيهم خيراً فقال الشافعى الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء ان يكاتب من لاحرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة انها كوتبت على ان تسئل الناس وكره مالك ان تكاتب الامة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة ان يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الام الولد اذ ليس له عند مالك ان يستخدمها

﴿القول في المكاتب﴾ وأما المكاتب فاتفقوا على ان من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عبده أم لا وسياتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لايجوز ولم يجز مالك أن يكاتب العبد الماذون له في التجارة لان الكتابة عتق ولايجوز له أن يعتق وكذلك لاتجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا ان يجيز الغرماء ذلك اذا كان في ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فانها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتحوز او يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حابى كان كذلك وان لم يحاب سعى فان ادى وهو في المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التى تتعلق بالاركان أعنى المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التى تجوز فيها من التى لا تجوز ويشبه أن تكون اجناس الاحكام الاولى في هذا العقد هو أن يقال متي يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل أن يعتق او يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل وتمييز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التى في جنس جنس من هذه

الاجناس الخمسة ﴿ الجنس الاول ﴾ فاما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا ادى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد ادى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقى عليه من كتابته شىء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجمهور أقوال أربعة : أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة . والثانى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ، والثالث انه يعتق ان أدى النصف فاكثر . والرابع ان أدى الثلث والا فهو عبد وعمدة الجمهور ما خرجه ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما عبد كاتب على مائة اوقية فاداها الا عشرة اواقى فهو عبد وايما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رآ انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا ان يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه الى أجل وقد مات وعمدة من رآ انه يعتق منه بقدر ما أدى مارواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال يودى المكاتب بقدر ما ادى دية حر وبقدر مارق منه دية عبد خرجه النساءى والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف فى احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روى من صحيفة وبهذا القول قال على أعني بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب أنه اذا أدي الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث وأقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر أن التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان فى ذلك سنة بلغتهم وفى المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقى عديماً فى باقى المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية فى ذلك عنهم صحة لاشك فيها روى ذلك مالك في موطاه وأيضاً فهو احوط لاموال السادات ولان فى المبيعات يرجع فى عين المبيع له اذا أفلس المشترى ﴿ الجنس الثانى ﴾ وأما متى يرق فانهم اتفقو على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم ، واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب ام ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعى الكتابة عقد لازم في حق العبد وهى في حق السيد غير لازمة وقال مالك وابو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين اى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك ان العبد والسيد لا يخلوا أن يتفقا على التعجيز او يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجيز ويأباه العبد او بالعكس أعني ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز واما اذا اتفقا على التعجيز فلا يخلوا الامر من قسمين أحدها ان يكون دخل في الكتابة ولد اولا يكون فان كان دخل ولد فى الكتابة فلا خلاف عنده انه لايجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان احدهما انه لايجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فأما إن طلب العبد التعجيز وابي السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال اوكانت له قوة على السعى واما ان اراد السيد التعجيز واباه العبد فانه لايعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لامال له ولاقدرة على الاداء ونرجع الى عمدة أدلتهم في اصل الخلاف فى المسئلة فعمدة الشافعى ماروى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها اني اريد ان تشتريني وتعتقني فقالت لها ان اراد ذلك فجاءت اهلها فباعوها وهي مكاتبة خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيهها الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد فى هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها او الخيار مستويا فى الطرفين واما ان يكون لازماً من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخارج عن الاصول وعللوا

حديث بريرة بان الذى باع اهلها كانت كتابتها لارقبتها والحنفية تقول لما كان المغلب فى الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازماً في حق الاخر المغلب عليه وهو السيد اصله النكاح لانه غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بان تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له ان يسترجع الصداق ﴿الجنس الثالث﴾ وأما حكمه اذا مات قبل ان يؤدى الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدي من الكتابة شيئاً انه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم ابيهم حتى يعجزوا او يعتقوا وان لم يكن عندهم لامال ولا قدرة على السعى رقوا وانه ان فضل عن الكتابة شئ من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه ليس يرثه الاولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من ورثته ان كان له وارث غير الولد الذى معه فى الكتابة وقال ابو حنيفة انه يرثه بعد اداء كتابته من المال الذى ترك جميع اولاده الذين كاتب عليهم او ولدوا فى الكتابة واولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعى لايرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم اوولدوا فى الكتابة وماله لسيده وعلى أولادهم الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الاب عنهم وبسقوط حصة الاب عنهم قال ابو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعى وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرؤوس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب عن الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له في الكتابة لان من ولد له اولاد في الكتابة فهم تبع لابيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم اومات لم تسقط حصته عن الباقى وعمدة الفريق الثانى ان الكتابة لاتضمن وروى مالك عن عبد الملك ابن مران في موطاه مثل قول الكوفيين *وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتباً وعند ابى حنيفة انه يموت حرا وعند الشافعى انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات المكاتب فليس حرا بعد لان حريته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقى انه مات عبدا لانه لايصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه لانه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه الى السيد واما مالك فجعل موته على حاله متوسطة بين العبودية والحرية وهى الكتابة فمن حيث لم يورث اولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة في حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعى وارادت الام ان تسعي عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعى والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان ام الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حكم المكاتبة التي لسيدها صائرة اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لايستطيعون السعي وترك ام ولد لاتستطيع السعى انها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة وعند ابي يوسف ومحمد بن الحسن انه لايجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند ابى حنيفة والشافعى واختلف اصحاب مالك فى ام ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق ام ولده ام لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت وقال اشهب يعتق على كل حال وعلى اصل الشافعى كل ماترك المكاتب مال من مال سيده لاينتفع به البنون فى أداء ما عليهم من كتابتهم كانوا معه فى عقد الكتابة أو كانوا ولدوا في الكتابة وإنما عليهم السعي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حراً ولا بد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان ﴿الجنس الرابع﴾ وهو النظر

فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ماولد له في الكتابة فيها واختلفوا في ام الولد على ماتقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعي يدخل بالشرط أعني إذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك العبد أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك ﴿الجنس الخامس﴾ وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر وما بقي من أحكام العبد فيه فنقول انه قد اجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشباهها أعني انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه الا بعد اداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً وعمدة من أجازه ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد * وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وإن عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو اذن هذا كله عند من اجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه إذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعاً والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك إن مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء عبده لسيده وإن مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء بل ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن اعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده وأباح بعضهم النكاح له وأما السفر فاباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب وأجازه ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في جواز السفر ان به يقوى على التكسب في اداء كتابته وبالجملة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال أحدها ان للمكاتب أن يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه الا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له أن يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبداً له فاجاز ذلك مالك مالم يرد به المحاباة وبه قال أبو حنيفة والثوري وللشافعي قولان أحدها اثبات الكتابة والاخر ابطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن اعتق ولا ولاء للمكاتب لانه ليس بحر واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء واختلفوا في وطء السيد امته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل آت فاشبه النكاح الى اجل وعمدة الفريق الثاني تشبيهها بالمدبرة واجمعوا على انها ان عجزت حل وطئها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد ام لا فقال جمهورهم لا حد عليه لانه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا في ايجاب الصداق

لها والعلماء فيما اعلم على انه فى احكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحدوغير ذلك مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم فى بيعه فقال الجمهور لايباع المكاتب الابشرط ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز مالم يود شيئاً من كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن ادت من كتابتها شيئاً وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعى لان الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهى مكاتبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب مافي ذلك من نقض العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا وكذلك اختلفوا فى بيع الكتابة فقال الشافعى وأبو حنيفة لايجوز ذلك وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين وفى ذلك أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم أعني فى الشفعة فى الدين ومذهب مالك فى بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض معجل لا مأجل لما يدخل فى ذلك من الدين بالدين وان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف واذا اعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة أم لا واما شروط الكتابة فمنها شرعية هى من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر اركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضى وهذه الشروط منها مايفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها افسدت العقد واذا ترك صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هى مبسوطة فى كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب اصول والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة فى العقد والشروط الجائزة هى التى لا تؤدي الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنساً ثالثاً من الشروط وهى الشروط التى ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغى ان تفهمه فى سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا اشترط فى الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على اداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا ادى جميع المال وقالت طائفة لايعتق حتى يؤدى جميع المال ويأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعده ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا اعتقه سيده على ان يخدمه سنين انه لايتم عتقه الا بخدمته تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في اصول هذا الكتاب وهاهنا مسائل تذكر فى هذا الكتاب وهى من كتب اخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها اصول ولذلك كان الاولى ذكرها فى هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعى ينفسخ النكاح لانها ملكت جزءاً منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذى ورثت انما هو مال فى ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هي أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء ام لا فقال الجمهور لايحاص الغرماء وقال شريح وابن ابي ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يغترق مابيده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة لاسبيل لهم الى رقبته وقال الثورى وأحمد يأخذونه إلا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يشفع فيها الا ان يعقل عنه سيده

والقول في هل يحاص سيده الغرماء اولا يحاص هو من كتاب التفليس والقول في جنايته هو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية التي هي فروع في هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياساً على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ماذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهي قريبة من المسموع فينبغي ان تثبت في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مامرة انما هو ان نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم اولم ينقل ويشبه أن يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم اصول الاسباب التي اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل اعني ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار أعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه اصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى اولم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان ياتي بالجواب بحسب اصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤدي اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيد ان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من اصول الفقه ما يكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان اخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب بداية المجتهد وكفاية المقتصد

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب التدبير

والنظر في التدبير في اركانه وفي احكامه أما الاركان فهي اربعة المعنى واللفظ والمدبر والمدبر وأما الاحكام فصنفان احكام العقد واحكام المدبر

الركن الاول

فنقول أجمع المسلمون على جواز التدبير وهو ان يقول السيد لعبده انت حر عن دبر مني او يطلق فيقول انت مدبر وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بان جعل التدبير لازماً والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية اوحكم التدبير أعني اذا قال انت حر بعد موتي فقال مالك اذا قال وهو صحيح انت حر بعد موتي فالظاهر انه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الا ان يريد التدبير وقال ابو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول ابي حنيفة قال اشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل ان يكون على سفر اويكون مريضاً وما

اشبه ذلك من الاحوال التي جرت العادة ان يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير وأما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير واما ليس من كناياته ولا من صريحه وذلك أن من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كناياته وأما المدبر فانهم اتفقوا على أن الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله او بعضه واختلفوا في حكم من ملك بعضاً مدبرة فقال مالك يجوز ذلك وللذي لم يدبر حظه خياران احدهما ان يتقاومانه فان اشتراه الذي دبره كان مدبرا كله وان لم يشتره انتقض التدبير والخيار الثاني ان يقومه عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء امسك بحصته وان شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التي له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسراً استسعى العبد وقال الشافعي يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه او ثلثه على ماهو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هي من الاحكام لا من الاركان أعني احكام المدبر فلتثبت في الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على أن من شروطه ان يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً او مريضاً وأن من شرطه الا يكون ممن احاط الدين بماله لانهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير واختلفوا في تدبير السفيه فهذه هي اركان هذا الباب وأما احكامه فاصولها راجعة الى اجناس خمسة . أحدها مما ذا يخرج المدبر هل من رأس المال او الثلث . والثاني ما يبقى فيه من احكام الرق مما ليس يبقى فيه أعني ما دام مدبراً . والثالث ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه : والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه . والخامس في احكام تبعيض التدبير

﴿ الجنس الاول ﴾ فأما مما ذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم اهل الظاهر فمن رآه انه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر من الثلث الا انه اثر ضعيف عند اهل الحديث لانه رواه على ابن ظبيان عن نافع عن عبدالله بن عمر وعلى بن ظبيان متروك الحديث عند اهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرجه الانسان من ماله في حياته فاشبه الهبة واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له في صحته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاماً آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق المبتل لانه لا يجوز له رده ومن اصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي احق بكتاب الوصايا

﴿ وأما الجنس الثاني ﴾ فأشهر مسئلة فيه هي هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من اهل الكوفة ليس للسيد ان يبيع مدبره وقال الشافعي وأحمد واهل الظاهر وأبو ثور له ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعي لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف ابو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشتري اولم يعتقه وهو اقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من اجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً وربما شبهوه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ولانه عتق الى اجل فاشبه ام الولد او اشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف هاهنا معارضة القياس للنص او العموم للخصوص ولا خلاف بينهم أن المدبر احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد واختلفوا من هذا الباب

في جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعي كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطء المعتقة الى اجل شبهها بالمنكحة الى اجل وهي المتعة واتفقوا على أن للسيد في المدبر الخدمة وللسيد ان ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الا ان يمرض مرضاً مخوفاً فيكره له ذلك ﴿الجنس الثالث﴾

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح او زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند اصحابه أنهم لا يعتقون بعتقها وأجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى ان لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضاً باجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا ان التدبير حرمة ما فأوجبوا اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروي عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول وتحصيل مذهب مالك في هذا ان كل امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر او معتقة الى اجل وكذلك ام الولد ولدها بمنزلتها وخالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لامه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن امة زوجها عربي وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين انه تابع لابيه ان حراً فحر وان عبدا فعبد وان مكاتباً فمكاتب واختلفوا في المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعني انه مدبر وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس يتبعه ولده في التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدى المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك

﴿الجنس الرابع﴾ واما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظاً له في عبده دون ان يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولى فلينقل اليه واما من دبر جزءاً من عبد هو له كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياساً على من بعض العتق عند مالك ﴿واما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير﴾

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال ابو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقاً للقيمة اولبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبدا له نصرانياً فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب امهات الاولاد﴾

واصول هذا الباب النظر هل تباع ام الولد أم لا وان كانت لا تباع فمتى تكون ام ولد وبماذا تكون ام ولد وما يبقى فيها لسيدها من احكام العبودية ومتى تكون حرة ﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان العلماء اختلفوا فيها

سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضى الله عنه انه قضى بالاتباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان ابو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدرى يجيزون بيع ام الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وقال جابر وأبو سعيد كنا نبيع امهات الاولاد والنبى عليه السلام فينا لايرى بذلك باساً واحتجوا بماروى عن جابر انه قال كنا نبيع امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه أهل الظاهر فى هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك أنهم قالوا لما انعقد الاجماع على انها مملوكة قبل الولادة وجب ان تكون كذلك بعد الولادة الى ان يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لايصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون أليس يعرفون ان الاجماع قد انعقد علي منع بيعها فى حال حملها فاذا كان ذلك وجب ان يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا ان المتاخرين من اهل الظاهر احدثوا فى هذا الاصل نقضا وذلك انهم لايسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمده الجمهور فى هذا الباب من الاثر ماروى عنه عليه السلام انه قال فى مارية سريته لما ولدت ابراهيم اعتقها ولدها ومن ذلك ايضاً حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امراة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لايثبت عند اهل الحديث حكي ذلك ابو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من اهل هذا الشان وربما قالوا ايضاً من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضاً منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رآ ألا يبعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماؤهن واما متى تكون ام ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون ام ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهى حامل منه او بعد ان ولدت منه فقال مالك لاتكون ام لد اذا ولدت منه قبل ان يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة تكون ام ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهى حامل والقياس أن تكون ام ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء ام ولده وقد قال عليه السلام بعثت لاتمم مكارم الاخلاق وأما بماذا تكون أم ولد فان مالكا قال كل ماوضعت مما يعلم انه ولد كانت مضغة او علقة وقال الشافعي لابد ان يؤثر فى ذلك شئ مثل الخلقة والتخطيط واختلافهم راجع الي ماينطلق عليه اسم الولادة اوما يتحقق أنه مولود * وأما مابقى فيها من احكام العبودية فانهم اتفقوا على أنها فى شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالامة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سبباً طارئاً عليها يوجب بيعها الاماروي عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها قال مالك ليس له ذلك وإنما له فيها الوطء فقط وقال الشافعى له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك استجارتها الا أنه يرى أن اجارة بنيها من غيره جائزة لان حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعى انعقاد الاجماع على انه يجوز له وطئها * فسبب الخلاف تردد إجارتها بين اصلين احدهما وطئها والثانى بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شبهاً واما متى تكون حرة فانه لاخلاف بينهم ان ذلك الوقت هو اذا مات السيد

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجنايات

والجنايات التي لها حدود مشروعة اربع جنايات علي الابدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا وجنايات على الفروج وهو المسمي زنا وسفاحا وجنايات علي الاموال وهذه ما كان منها ماخوذاً بحرب سمي حرابة اذا كان بغير تاويل وان كان بتاويل سمي بغياً وما كان ماخوذاً على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصباً وجنايات علي الاعراض وهو المسمى قذفا وجنايات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدئ منها بالحدود التي في الدماء فنقول ان الواجب فى إتلاف النفوس والجوارح هو اما قصاص وإما مال وهو الذى يسمي الدية فاذاً النظر اولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر فى القصاص والنظر فى الدية والنظر فى القصاص ينقسم الى القصاص فى النفوس والى القصاص فى الجوارح والنظر ايضاً فى الديات ينقسم الى النظر فى ديات النفوس والى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب الي كتابين اولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثانى يرسم عليه كتاب الديات

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب القصاص﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر فى القصاص فى النفوس والثاني النظر فى القصاص فى الجوارح فلنبدأ من القصاص فى النفوس

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب القصاص فى النفوس﴾

والنظر اولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر في الموجب أعنى الموجب للقصاص والى النظر في الواجب أعنى القصاص وفى ابداله ان كان له بدل فلنبدأ اولا بالنظر فى الموجب والنظر فى الموجب يرجع الى النظر فى صفة القتل والقاتل الذى يجب بمجموعهما القصاص فانه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ولا باى قتل اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود اذ كان المطلوب فى هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر فى القاتل ثم فى القتل ثم فى المقتول

﴿القول فى شروط القاتل﴾

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق ان يكون عاقلا بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المكره والمكره وبالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى واحمد وابو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر ويعاقب الامر وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهو اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للآمر على المامور واما اذا كان للامر سلطان على المامور اعنى المباشر فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الامر دون المامور ويعاقب المامور وبه قال داود وابو حنيفة وهو احد قولي الشافعى وقال قوم يقتل المامور دون الامر وهو احد قولى الشافعى وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على المامور اعتبر تاثير الاكراه فى اسقاط كثير من الواجبات فى الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المامور بالاكراه ولا الامر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الامر فقط شبه المامور بالالة التى لا تنطق ومن رأى الحد على

غير

غير المباشر اعتمد انه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على انه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له ان يقتل انسانا فيأكله، أما المشارك للقاتل عمداً في القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأً وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك في القتل عامد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل عمد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية الا ان مالكا يجعله على العاقلة والشافعي في ماله على ما ياتي وكذلك قالا في الحر والعبد يقتلان العبد عمداً ان العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال في المسلم والذمي يقتلان جميعاً وقال ابو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لا يتبعض وممكن ان تكون افاتة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كامكان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف في القياس واما صفة الذي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك انهم أجمعوا على ان القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك نفيه إلا في الابن مع أبيه وقد قيل انه يخرج عنه في ذلك رواية اخرى وباثباته قال عمر بن الخطاب وعلي وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الاشعري والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الاغلب الى الآلات التي بها يقع القتل والى الاحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدى الحديد من القضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأً في القتل أي ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد انه لا واسطة بين الخطإ والعمد أعني بين ان يقصد القتل أو لا يقصده وعمدة من اثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فيمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أعني حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطإ هذا في حقنا لا في حق الامر في نفسه عند الله تعالى أما شبهه العمد فمن جهة ما قصد ضربه واما شبهه للخطإ فمن جهة انه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان قتل الخطإ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص وعند من أثبته تجب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الادب لمن ابيح له الادب وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو ان يكون مكافئاً لدم القاتل والذي به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والانوثية والواحد والكثير واتفقوا على ان المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل في هذه الاربعة انه يجب القصاص واختلفوا في هذه الاربعة اما الحر اذا قتل العبد عمداً فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وابو ثور لا يقتل

الحر بالعبد وقال ابو حنيفة واصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل او عبد غير القاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم * فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الانقص بالاعلى ومن الحجة ايضاً لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب ان يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر واما قتل المؤمن بالكافر الذمي فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة اقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر وممن قال به الشافعي والثوري واحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به وممن قال بذلك ابو حنيفة واصحابه وابن ابي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا ان يقتله غيلة وقتل الغيلة ان يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الاول ما روي من حديث علي انه سأله قيس بن عبادة والاشتر هل عاهد الله رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا واخرج كتاباً من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من احدث حدثاً او آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين خرجه ابو داود وروى ايضاً عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك باجماعهم على انه لا يقتل مسلم بالحربي الذي امن واما اصحاب ابي حنيفة فاعتمدوا في ذلك آثاراً منها حديث يرويه ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من اهل القبلة برجل من اهل الذمة وقال انا احق من وفى بعهده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر اي انه اريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد وضعف اهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما رووا من ذلك واما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين في ان يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمي قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه * فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان جمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وابو حنيفة والشافعي والثوري واحمد وابو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة او قلت وبه قال عمر حتى روي انه قال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وقال داود واهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروي عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع ايد بيد اعني اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الانفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسياتي هذا في باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة يا أولي الالباب واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن اتلاف النفس غالباً على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين واما قتل الذكر بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكي انه اجماع الا ما حكي عن علي من الصحابة وعن عثمان البتي

انه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضى ابو الوليد الباجى في المنتقى عن الحسن البصرى انه لا يقتل الذكر بالانثى وحكاه الخطابي فى معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى والانثى بالانثى وان كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذى فى قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا وهى مسئلة مختلف فيها أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب فى الاب والابن فقال مالك لا يقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف او عصى فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال ابو حنيفة والشافعى والثوري لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله باى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قال لا تقام الحدود فى المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ان رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابناً له بالسيف فاصاب ساقه فنزي في جرحه فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ثم قال اين أخوا المقتول فقال ها أنا ذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شئ فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضاً وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من انه عمد لاجماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تاديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذى يكون في أمثال هذه الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يتهم الاب حيث اتهم الاجنبى لقوة المحبة التى بين الاب والابن والجمهور انما عللوا درء الحد عن الاب لمكان حقه على الابن والذى يجئ على اصول أهل الظاهر أن يقاد فهذا هو القول فى الموجب

﴿وأما القول فى الموجب﴾

فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين القصاص او العفو إما على الدية وإما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون فى ذلك خيار للمقتص منه ام لا تثبت الدية الا بتراضى الفريقين أعنى الولى والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقاً او العفو فقال مالك لا يجب للولى الا أن يقتص او يعفوا عن غير دية الا ان يرضى المقتص منه باعطاء الدية القاتل وهى رواية ابن القاسم عنه وبه قال ابو حنيفة والثوري والاوزاعى وجماعة وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود واكثر فقهاء المدينة من اصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ الدية رضى القاتل او لم يرض وروى ذلك اشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هي الرواية الاولى فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثاني حديث أبى هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين ان ياخذ الدية وبين ان يعفوا وهما حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة في انه ليس له الا القصاص والثاني نص إزالة الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجباً وممكنا فالمصير الى الحديث الثاني واجب والجمهور على ان الجمع واجب اذا أمكن وانه اولى من الترجيح وايضاً فان الله عز وجل يقول ولا تقتلوا انفسكم واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب

عليه ان يفديها اصله اذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه اعنى انه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول اولياء صغار وكبار ان يؤخر القتل الى ان يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولاسيما اذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة قال القاضى وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدي رحمه الله فأفتى اهل زمانه بالرواية المشهورة وهو ألا ينتظر الصغير فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع اهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع فى ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس والنظر فى هذا الباب هو فى قسمين فى العفو والقصاص والنظر فى العفو فى شيئين احدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب أهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو على الدية ام لا وقد تكلمنا فى هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم اجمعوا على ان المقتول عمداً اذا كان له بنون بالغون فعفا احدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا فى اختلاف البنات مع البنين في العفو او فى القصاص وكذلك الزوجة او الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص اوضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر فى الزوجة والزوج وقال ابو حنيفة والثورى وأحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله فى إسقاط القصاص وفى اسقاط حظه من الدية وفى الاخذ به قال الشافعى الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انما هي للذكران دون الاناث واختلف العلماء فى المقتول عمدا اذا عفا عن دمه قبل ان يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك فى المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه فى العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعي وهذا احد قولى الشافعى وقالت طائفة اخرى لا يلزم عفوه وللاولياء القصاص او العفو وممن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعى بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولى فى ثلاث اما العفو وإما القصاص وإما الدية وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت او لم يعف وعمدة الجمهور ان الشئ الذي جعل للولى انما هو حق المقتول فناب فيه منابه واقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذى اقيم مقامه بعد موته وقد اجمع العلماء على ان قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالمتصدق هاهنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من يعود الضمير فى قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رآ له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه واما اختلافهم فى عفو المقتول خطا عن الدية فقال مالك والشافعى وابو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوه من ذلك فى ثلثه الا ان يجيزه الورثة وقال قوم يجوز فى جميع ماله وممن قال به طاوس والحسن وعمدة الجمهور انه واهب مالا له بعد موته فلم يجز الا فى الثلث اصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له ان يعفوا عن الدم فهو احرى ان يعفوا عن المال وهذه المسئلة هي اخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجروح عن الجراحات فمات منها هل للاولياء ان يطالبوا بديته ام لا فقال مالك لهم ذلك الا ان يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤول اليه وقال ابو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقاً وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجارح الدية كلها واختاره المزنى من اقوال الشافعى ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقى منها بعد إسقاط دية الجرح الذى عفا عنه وهو قول الثوري واما من يرى انه يعفوا عن الدم فليس يتصور معه خلاف فى انه لا يسقط ذلك طلب الولى الدية لانه اذا كان عفوه عن

الدم

الدم لا يسقط حق الولى فأحرى ان يسقط عفوه عن الجرح * واختلفوا فى القاتل عمداً يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق ام لا فقال مالك والليث انه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عن عمر وقالت طائفة الشافعي واحمد وإسحاق وابوثور لايجب عليه ذلك وقال أبوثور الاان يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر مايرى ولاعمدة للطائفة الاولى الاأثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد فى ذلك لايكون الابتوقيف ولاتوقيف ثابت فى ذلك ﴿القـــول فى القصاص﴾ والنظر في القصاص هو في صفة القصاص وممن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص فى النفس فان العلماء اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التى قتل فمن قتل تغريقاً قتل تغريقاً ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعى قالوا الاان يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له اروح واختلف اصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال ابو حنيفة واصحابه باي وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ماروى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لاقود الابحديدة وعمدة الفريق الاول حديث انس ان يهوديا رضخ رأس امرأة بحجر فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر اوقال بين حجرين وقوله كتب عليكم القصاص في القتلى والقصاص يقتضى المماثلة وأما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لايمكن منه لمكان العداوة مخافة ان يجور فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل في ذلك ان لم يكن مقراً واختلفوا هل من شرط القصاص الايكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمداً انه لايقاد منها حتى تضع حملها كمل كتاب القصاص فى النفس

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب القصاص في الجوارح﴾

والجوارح صنفان منها ما فيه القصاص اوالدية اوالعفو ومنها ما فيه الدية اوالعفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر ايضاً هاهنا فى شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح وفي الحكم الواجب الذى هو القصاص وفي بدله ان كان له بدل ﴿القــول فى الجارح﴾ ويشترط فى الجارح ان يكون مكلفاً كما يشترط ذلك في القاتل وهو ان يكون بالغاً عاقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلاخلاف وان كان الخلاف فى مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمس عشرة سنة وبه قال الشافعي ولاخلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضواً واحداً فقال اهل الظاهر لاتقطع يدان في يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل عندهم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لاتقطع اعضاء بعضو وتقتل انفس بنفس وعندهم أن الاطراف تتبعض وازهاق النفس لايتبعض واختلف في الانبات فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه في الحدود هل هو بلوغ فيها ام لا والاصل في هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسى كما ان الاصل في السن حديث ابن عمر انه عرضه يوم الخندق وهو ابن اربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم احد وهو ابن خمسة عشر سنة ﴿القــول فى المجروح﴾ وأما المجروح فانه يشترط فيه ان يكون دمه مكافئاً لدم الجارح والذى يؤثر فى التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فمنهم من رأ انه لايقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال فى النفس ومنهم

من رآ انه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الاعلي للادني في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الاحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم ثلاثة اقوال : أحدها أن القصاص بينهم في النفس ومادونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك . والقول الثاني انه لاقصاص بينهم لافي النفس ولافي الجرح وانهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة . والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون مادونها وبه قال ابو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الاول قوله تعالى والعبد بالعبد وعمدة الحنفية ماروى عن عمران بن الحصين أن عبداً لقوم فقراء قطع اذن عبد لقوم اغنياء فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس

﴿ القــول في الجرح ﴾

وأما الجرح فانه يشترط فيه ان يكون على وجه العمد أعني الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لايخلو ان يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح اولا يتلف فان كان ممالايتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً وأما ان جرحه على وجه اللعب او بما لايجرح به غالباً او على وجه الادب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والادب بما لايقتل غالباً فان اباحنيفة يعتبر الآلة حتي يقول ان القاتل بالمثقل لايقتل وهو شذوذ منه أعني بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح ممافيه الدية وأما ان كان الجرح قد اتلف جارحة من جوارح المجروح فمن شرط القصاص فيه العمد ايضاً بلاخلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف اما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالباً اوضربه على وجه النائرة فلاخلاف ان فيه القصاص وأما ان ضربه بلطمة اوسوط اوما اشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقأ عينه فالذي عليه الجمهور انه شبه العمد ولاقصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الافي الاب مع ابنه وذهب ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انما هو في النفس لافي الجرح وأما ان جرحه فاتلف عضواً على وجه اللعب ففيه قولان . أحدهما وجوب القصاص . والثاني نفيه ومايجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطا أعني فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف وأما مايجب في جراح العمد اذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص وذلك فيما امكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صار والهذا لماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المامومة والمنقلة والجائفة فرآ مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخد وما اشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لايمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر او بعض السمع ويمنع القصاص ايضاً عند مالك عدم المثل مثل ان يفقأ اعمى عين بصير واختلفوا من هذا في الاعور يفقأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان احب الصحيح ان يستقيد منه فله القود واختلفوا اذا عفا عن القود فقال قوم ان احب فله الدية كاملة الف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضاً منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي بقيت عينه الا القود أو ما اصطلحا عليه وقد قيل لايستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان

وعمدة صاحب هذا القول ان عين الاعور بمنزلة عينين فمن فقأها في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى انه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول الا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو احرز لاصله فتأمله فانه بين بنفسه والله أعلم وأما هل المجروح مخير بين القصاص واخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلحا على اخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك احد قولي مالك في الاعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين ان يفقأ عين الاعور او ياخذ الدية الف دينار او خمس مائة على الاختلاف في ذلك

﴿وأما متى يستقاد من الجرح﴾ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى ان يعتبر ما يؤول اليه امر الجرح مخافة ان يفضي الى اتلاف النفس واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وابو يوسف ومحمد لا شيء على المقتص وروى عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وابو ثور وداود وقال ابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتي يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الاول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا شيء على الذي قطع يده وعمدة ابي حنيفة انه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة ان يموت المقاد منه وقد قيل ان المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرام فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على اعضاء البدن وينبغي ان نصير الى حكم الخطا في ذلك ونبتدئ بحكم الخطا في النفس

﴿كتاب الديات في النفوس﴾ والاصل في هذا الباب قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف ايضا بحسب العمد اذا رضي بها اما الفريقان واما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها اعني في اي قتل يجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب فاما في اي قتل تجب فانهم اتفقوا على انها تجب في قتل الخطا وفي العمد الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطا ما اتفقوا على انه خطا ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد مثل اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطا ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهي عند مالك في الاشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه واما الشافعي فالدية عنده اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطا والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد وأما ابو حنيفة فالديات عنده اثنان ايضا دية الخطا ودية شبه العمد وليس عنده دية في العمد وانما الواجب عنده في العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ما روي عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطا فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أرباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون خلفة وهي الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجي بابنه وعند الشافعي انها تكون في شبه العمد أثلاثا ايضا وروى ذلك ايضا عن عمر وزيد بن ثابت

وقال ابو ثور الدية في العمد اذا عفا ولى الدم اخماساً كدية الخطا واختلفوا في اسنان الابل في دية الخطا فقال مالك
والشافعي هي اجناس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون بنو لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة
وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة وبه قال ابو حنيفة واصحابه اعني التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن
مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعاً وروى عن سيدنا علي انه جعلها ارباعا اسقط منها الخمس والعشرين بني لبون
واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الاباحة والله اعلم كما قال ابو عمر بن عبد البر وخرج البخاري
والترمذي عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض
ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث ابو عمر بانه روى عن حنيف بن مالك
عن ابن مسعود وهو مجهول قال واحب الي في ذلك الرواية عن علي لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود فهذا
هو مشهور اقاويلهم في الدية التي تكون من الابل على اهل الابل واما اهل الذهب والورق فانهم اختلفوا ايضاً فيما يجب
من ذلك عليهم فقال مالك على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثنا عشر الف درهم وقال اهل العراق على اهل
الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لا يوخذ من اهل الذهب ولا من اهل الورق الا قيمة الابل بالغا ما بلغت
وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على اهل الذهب بالف دينار وعلى
اهل الورق باثني عشر الف درهم وعمدة الحنفية ما رووا ايضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على
تقويم المثقال بها في الزكاة واما الشافعي فيقول ان الاصل في الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها الف دينار على اهل
الذهب واثني عشر الف درهم على اهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ما روى
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار
وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً
فقال ان الابل قد غلت ففرضها عمر على اهل الورق اثني عشر الف درهم وعلى اهل الذهب الف دينار وعلى اهل البقر
مائتي بقرة وعلي اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة وترك دية اهل الذمة لم يرفع فيها شيئاً واحتج بعض الناس لمالك
لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك ديناً بدين لاجماعهم ان الدية في الخطا مؤجلة لثلاث سنين ومالك وابو حنيفة وجماعة
متفقون على ان الدية لا توخذ الا من الابل او الذهب او الورق وقال يوسف ومحمد بن الحسين والفقهاء السبعة المدنيون
يوضع على اهل الشاة الفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وهي اهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده المتقدم وما اسنده أبو بكر بن ابي شيبة عن عطاء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في
اموالهم ما كانت علي اهل الابل مائة بعير وعلى اهل الشاة الفا شاة وعلى اهل البقر مائتا بقرة وعلى اهل البرود مائتا
حلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز انه كتب الى الاجناد ان الدية كانت على عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم مائة
بعير قال فان كان الذى أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابي الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابي
مائة من الابل فعدلها من الشاة الف شاة ولان اهل العراق ايضاً رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده نصاً وعمدة الفريق الاول انه لو جاز ان تقوم بالشاة والبقر لجاز ان تقوم بالطعام على أهل الطعام وبالخيل على أهل
الخيل وهذا لا يقول به أحد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب. أما
نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار المسلمين وأما على من تجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطا تجب

على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ومن قوله عليه السلام لابى رمثة لا يجنى عليك ولا تجنى عليه وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة أنه قال لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافاً ولا صلحاً فى عمد وجمهورهم على أنها لا تحمل من اصاب نفسه خطئاً وشذ الاوزاعى فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم فى قطع الاعضاء وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ فقضى له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا فى دية شبه العمد وفى الدية المغلظة على قولين واختلفوا فى دية ما جناه المجنون والصبى على من تجب فقال مالك وابو حنيفة وجماعة انه كله يحمل علي العاقلة وقال الشافعي عمد الصبى فى ماله * وسبب اختلافهم تردد فعل الصبى بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه المخطئ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك فى القتل عامد وصبى والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبى الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعى على أصله فى مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما ابو حنيفة فيرى ألا قصاص بينهما وأما متي تجب فانهم اتفقوا على ان دية الخطا مؤجلة فى ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا ان يصطلحا على التاجيل وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على ان العاقلة هى القرابة من قبل الاب وهم العصبة دون اهل الديوان وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالى عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار وهى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بنى ابيه ثم من بنى جده ثم من بنى بنى ابيه وقال ابو حنيفة واصحابه العاقلة هم اهل ديوانه ان كان من أهل ديوان وعمدة اهل الحجاز انه تعاقل الناس فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان ابى بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان فى زمان عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف فى الاسلام وايما حلف كان فى الجاهلية فلا يزيده الاسلام الا قوة وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا فى جناية من لا عصبة له ولا موالي وهم السائبة اذا جنوا خطئا هل يكون عليه عقل ام لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى وهو داود واصحابه وقال من جعل ولاءه لمن اعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال ان للسائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر فى نقصان الدية فى الانوثة والكفر والعبودية اما دية المرأة فانهم اتفقوا على انها على النصف من دية الرجل فى النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء على ما سيأتى القول فيه فى ديات الجروح والاعضاء واما دية أهل الذمة اذا قتلوا خطئاً فان للعلماء فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها ان ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثاني ان ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعى وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين والقول الثالث ان ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى

وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مومنة ومن السنة مارواه معمر عن الزهرى قال دية اليهودى والنصراني وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية يجعل فى بيت المال نصفها وأعطى اهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وابقى الذى جعله معاوية فى بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى ان اذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فاخبره ان الدية قد كانت تامة لاهل الذمة واما اذا قتل العبد خطئاً أو عمداً على مايرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال ابو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً وعمدة الحنفية ان الرق حال نقص فوجب الا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من اوجب فيه الدية ولكن ناقصه عن دية الحر انه مكلف ناقص فوجب ان يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع اصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه انها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه أعنى في دية الخطا لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك انه قال قد اتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الاموال واختلف فى الواجب فى العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الاشهر عن الشافعى وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعى قياسه على الحر ﴿ ومما يدخل فى هذا الباب ﴾ من أنواع الخطا دية الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وإنما هو عمد في امه محضاً فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضروب الاجنة وفي صفة الجنين الذى يجب فيها الواجب وعلى من يجب وفى شروط الواجب فاما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الامة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره ان امرأتين من هذيل رمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على ان قيمة الغرة الواجبة فى ذلك عبد من رآ ان الغرة فى ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور وهي نصف عشر دية امه الا من رآ ان الدية الكاملة على أهل الدراهم هى عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمس مائة درهم ومن رآ انها اثنا عشر الف درهم قال ست مائة درهم والذين لم يحدوا فى ذلك حداً أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب فى ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة اجزأ ولا يجزئ عنده القيمة فى ذلك فيما احسب واختلفوا فى الواجب في جنين الامة وفى جنين الكتابية فذهب مالك والشافعى الى ان في جنين الامة عشر قيمة امه ذكراً كان أو انثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان انثي فيه عشر قيمة امه وان كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حياً وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حياً ان فيه قيمته وقال ابو يوسف فى جنين الامة اذا سقط ميتاً منها ما نقص من قيمة امه واما جنين الذمية فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة فيه عشر دية امه لكن أبو حنيفة على أصله فى ان دية الذمى دية المسلم والشافعى على أصله فى ان دية الذمى ثلث دية المسلم ومالك على أصله فى ان دية الذمى نصف دية المسلم واما صفة الجنين الذى تجب فيه فانهم اتفقوا على ان من شروطه ان يخرج الجنين ميتاً ولا تموت امه من الضرب واختلفوا اذا ماتت امه من الضرب ثم سقط الجنين ميتاً فقال الشافعى ومالك لا شئ فيه وقال اشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهرى واختلفوا فى هذا الباب فى فروع وهى العلامة التى تدل على سقوطه حياً او ميتاً فذهب مالك واصحابه الي ان علامة الحياة الاستهلال بالصياح او البكاء وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى واكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة فى العادة من حركة او عطاس او تنفس

فاحكامه

فاحكامه احكام الحي وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة او علقة مما يعلم انه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود ان يعتبر نفخ الروح فيه اعني ان يكون تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة قد كانت وجدت فيه واما على من تجب فانهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة وممن قال بذلك الشافعي وابو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم انها جناية خطإ فوجبت على العاقلة وما روى ايضاً عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدا بزوجها وولدها واما مالك فشبهها بدية العمد اذ كان الضرب عمداً واما لمن تجب فقال مالك والشافعي وابو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في انها موروثة وقال ربيعة والليث هي للام خاصة وذلك انهم شبهوا جنينها بعضو من اعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي الى ان فيه الكفارة واجبة وذهب ابو حنيفة الى انه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فاما الشافعي فانه اوجبها لان الكفارة عنده واجبة في العمد والخطإ واما ابو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد واما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطإ وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطإ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها ومن انواع الخطإ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما اصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي اجرى فرسه فوطء آخر بالعقل وقال اهل الظاهر لا ضمان على احد في جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث ابي هريرة انه قال عليه السلام جرح العجماء جبار والبير جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم راوا انه اذا اصابت الدابة احداً وعليها راكب او لها قائد او سائق فان الراكب لها او السائق او القائد هو المصيب ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما اصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها به على ان ترمح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما اصابت بيدها او برجلها وبه قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى وسويا بين الضمان برجلها او بغير رجلها وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى الرمحة بالرجل او بالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روي عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح الحديث عند الشافعي ورده وأقاويل العلماء فيمن حفر بيراً فوقع فيه انسان متقاربة قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لا يملك ضمن فمتى ضمن فهو عنده من نوع الخطإ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان اوقفها بحيث يجب له ان يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه ان يربطها بموضع يجوز له ان يربطها فيه كما لا يبريه ركوبها من ضمان ما اصابته وان كان الركوب مباحا واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة علي كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه واجمعوا على ان الطبيب اذا اخطأ لزمته الدية مثل ان يقطع الحشفة في الختان وما اشبه ذلك لانه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان من اهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من اهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد روي في ذلك مع الاجماع حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما

أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن اهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من اهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمر بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطئاً واجبة واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطئاً فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطإ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الاولى والاحرى وعند مالك ان العمد في هذا حكمه حكم الخطإ واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى لا تغلظ الدية فيهما وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزاد فيها مثل ثلثها وروي ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فمن ادعى ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع انهم قد اجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروي عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطئا بعيد عن اصول الشرع وللفريق الثاني أن يقول انه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه

كتاب الديات فيما دون النفس

والاشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج واعضاء فلنبدأ بالقول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب فأما محل الوجوب فهي الشجاج او قطع الاعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقه اولها الدامية وهي التي تدمي الجلد ثم الخارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم المتلاحمة وهي التي اخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشا الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم اي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ثم المامومة وهي التي تصل ام الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والراس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فأما احكامها اعني الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة ومادون الموضحة خطا واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطئاً عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم اجرة الطبيب الا ما روى عن عمر وعثمان انهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علي انه قضى فيها باربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفي السمحاق اربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ما وقت فيه السنة حدا ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين اولم تبرأ فهذه هي احكام مادون الموضحة * فأما الموضحة فجميع الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطئاً خمساً من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس يعني من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا اعني على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطا منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة الراس والجبهة والخدين واللحي الاعلى ولا تكون في اللحى الاسفل لانه في حكم العنق ولا في الانف واما الشافعي وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والراس والجمهور على انها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعي اذا كانت في الجسد كانت على النصف

من

من ديتها فى الوجه والراس وروى عن عمر انه قال فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلظ بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرا على شين فرآ فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول سليمان بن يسار ومرة قال لا يزاد فيها على عقلها شئ وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك انه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته ان لو كان عبدا واما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة وقال بعض العلماء الهاشمة هي المنقلة وشذ واما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطئاً فاما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على ان ليس فيها قود لمكان الخوف وحكي عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المامومة واما الهاشمة في العمد فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس فيها قود ومن اجاز القود من المنقلة كان أحرى ان يجيز ذلك من الهاشمة وأما المامومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الراس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت فى غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكي مالك عن سعيد بن المسيب ان فى كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث دية ذلك العضو وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذي اختاره مالك لان القياس عنده فى هذا لا يسوغ وانما عنده فى ذلك الاجتهاد من غير توقيف واما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد واما الجراحات التى تقع فى سائر الجسد فليس فى الخطا منها الا حكومة

القول فى ديات الاعضاء

والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطئاً مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن ابيه ان فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فى العقول ان فى النفس مائة من الابل وفى الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفى المامومة ثلث الدية وفى الجائفة مثلها وفي العين خمسون وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى كل اصبع مما هنالك عشر من الابل السن والموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر هاهنا قياساً على ما ذكر فنقول ان العلماء اجمعوا على أن في الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان فى السفلى ثلثي الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها اعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وايمة الفتوي متفقون على ان فى كل زوج من الانسان الدية ما خلى الحاجبين وثدبي الرجل واختلفوا في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة واما مالك فالمشهور عنده انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن ابي بكر انه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر او العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت نصف الدية واما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان فى ذهاب السمع الدية واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة وقال ابو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود انه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل أن فيه حكومة

وايضافان الحواجب ليست اعضاء لهامنفعة ولافعل بين اعنى ضروريا فى الخلقة واما الاجفان فقيل فى كل جفن منها ربع
الدية وبه قال الشافعى والكوفى لانه لابقاء للعين دون الاجفان وفى الجفنين الاسفلين عندغيرهما الثلث وفى الاعليين الثلثان
واجمعواعلى ان من اصيب من اطرافه اكثر من ديته ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وانفه فله ديتان واما الانثيان فاجتمعوا
ايضاعلى ان فيهما الدية وقال جميعهم ان فى كل واحدة منهما نصف الدية الامارووى عن سعيد بن المسيب انه قال فى البيضة
اليسري ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة واما المفردة فان جمهورهم على
ان في اللسان خطئا الدية وذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله اوقطع منه مايمنع الكلام فان لم يقطع
منه مامنع الكلام ففيه حكومة واختلفوا في القصاص فيه عمداً فمنهم من لم ير فيه قصاصاً واوجب الدية وهم مالك والشافعى
والكوفى لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى والكوفى ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره فى اللسان عمداً القصاص
وأما الانف فأجمعوا على انه اذا اوعب جدعا على أن فيه الدية على مافى الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم اولم يذهب
وعنده انه اذاذهب أحدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الاخر الدية الكاملة وأجمعوا على أن في الذكر الصحيح الذى
يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العنين والخصى كما اختلفوا فى لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فمنهم من جعل
فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذى عليه الجمهور ان فيه حكومة
وأقل ماتجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقى الذكر حكومة وأما عين الاعور فللعلماء فيه قولان ، أحدهما ان فيه
الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من اهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال
الشافعى وأبو حنيفة والثورى فيها نصف الدية كمافى عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول
أن العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعاً لغير الاعور وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله
وفى العين نصف الدية وقياساً ايضاً على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية فسبب اختلافهم
في هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ماقيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها
ماروى من ذلك عن على رضى الله عنه انه امر بالذي اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة واعطى رجلا بيضة فانطلق
بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطاً فى الارض ثم امر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة واعطى
رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضاً عند اول ماخفيت عنه فى الموضع خطاً ثم علم ما
بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه فى مسافة
ادراك العين العليلة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مراراً شتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر
واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء فى الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها فقال مالك والشافعى وابو حنيفة
فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعى على انه كان ذلك من زيد تقويماً لا توقيتاً وروى
عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها
ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسودادها ثم فى قلعها بعد اسودادها دية واختلف العلماء فى الاعور يفقأ عين الصحيح
عمداً فقال الجمهور ان احب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعى وابن القاسم وبكلى
القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقيت عينه الا القود
اوما اصطلحوا عليه وعمدة من رآ جميع الدية عليه اذا عفا عن القود انه يجب عليه دية ماترك له وهى العين العوراء وهي دية

كاملة عند كثير من اهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الاعور اذا فقئت وجب فيها الف دينار لانها في حقه في معنى العينين كلتيهما الا العين الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة اولئك البقاء على الاصل أعنى ان فى العين الواحدة نصف الدية وعمدة أبى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت فى باب القود فى الجراح وقال جمهور العلماء وائمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعي والثورى وغيرهم ان فى كل اصبع عشراً من الابل وأن الاصابع فى ذلك سواء وان فى كل انملة ثلث العشر الا ماله من الاصابع انملتان كالابهام ففى انملته خمس من الابل وعمدتهم فى ذلك ما جاء فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفى كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على اهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم فى الدية من الورق فهى عند من يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف فى عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الابهام والتى تليها بعقل نصف الدية وفى الوسطى بعشر فرائض وفى التى تليها بتسع وفى الخنصر بست وروى عن مجاهد انه قال فى الابهام خمسة عشر من الابل وفى التى تليها عشر وفى الوسطى عشر وفى التى تليها ثمان وفى الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى فى الضرس بجمل والضلع بجمل وفى الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير فى الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة ابعرة وعمدة فقهاء الامصار ان ما لم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم توقيف فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن فى كل سن من اسنان الفم خمساً من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى فى الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها فى مقدم الفم وأما التى فى مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمساً من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس بعيران وروى عن مالك أن مروان بن الحكم اعترض فى ذلك على ابن عباس فقال اتجعل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لو لم يعتبر ذلك الا بالاصابع عقلها سواء وعمدة الجمهور فى ذلك ما ثبت عن النبي عليه السلام انه قال فى السن خمس وذلك من حديث عمر بن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التى في مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها ايضاً بالاصابع التى استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع انه يشبه ان يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التي تثبت الدية فيها خطئاً فيها القود فى قطع ما قطع وقلع ما قلع واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود ام لا فذهب مالك واصحابه الى ان القود فى كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص فى عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة الا انه استثنى السن وروى عن ابن عباس انه لا قصاص فى عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن عبد البر ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم اقاد فى السن المكسورة من حديث انس قال وقد روي من حديث آخر أن النبى عليه السلام لم يقد من العظم المقطوع فى غير المفصل الا انه ليس بالقوى وروى عن مالك أن ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ واتفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل فى النفس واختلفوا فى ديات الشجاج واعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل فى عقلها من الشجاج والاعضاء الى ان تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى الى النصف من دية الرجل أعنى دية اعضائها من اعضائه مثال ذلك ان فى كل اصبع من اصابعها عشراً من الابل وفى اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفى اربعة عشرون وبه قال مالك واصحابه والليث بن سعد ورواه مالك عن سعيد بن

المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية
جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولي ابن مسعود وهو مروى
عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها واطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك
وكثيره وهو قول علي رضى الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الاان الاشهر عنه هو ماذكرناه اولا وبهذا القول قال
ابو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول أن الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك
بهذا الاصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لايجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير
مخالفاً للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ماياتي ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الا المراسيل وماروى عن سعيد بن المسيب
حين سأله ربيعة بن ابي عبد الرحمان كم في اربع من اصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها
قال اعراقي انت قلت بل عالم متثبت او جاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضاً عن النبي عليه السلام من مرسل عمرو بن
شعيب عن ابيه وعكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابي اذا خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم انه لم يترك القول به الاعن
توقيف لكن في هذا ضعف اذ كان يمكن ان يترك القول به اما انه لايري القياس او اما لانه عارضه في ذلك قياس ثان أو قلد
في ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجناية على اعضائهم الذكور منهم والاناث وأما جراح العبيد وقطع
اعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى أن في جراحهم وقطع اعضائهم مانقص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن
الواجب في ذلك من قيمته قدر مافي ذلك الجرح من ديته فيكون في موضحته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته
وبه قال ابو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلي وقال مالك يعتبر في ذلك كله مانقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومامومته
ففيها من ثمنه قدر مافيها في الحر من ديته وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر اذ هو
مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطاء من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك
وفقهاء المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لاتحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما فوقه
من الدية الكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي تحمل العاقلة القليل
والكثير من دية الخطا وعمدة الشافعي هي ان الاصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطا فمن خصص من ذلك شيئاً
فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور هنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب القسامة

اختلف العلماء في القسامة في اربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب . المسئلة الاولي هل يجب الحكم
بالقسامة أم لا : الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم او الدية أو رفع مجرد الدعوى : المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان
فيها المدعون او المدعي عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء. المسئلة الرابعة فيما يعدلونا يجب به ان يبدأ المدعون بالايمان

المسئلة الاولى

أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي
وأبو حنيفة واحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو
قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لايجوز الحكم بها عمدة الجمهور ماثبت عنه عليه السلام من حديث حويصة ومحيصة

وهو حديث متفق على صحته من اهل الحديث الا انهم مختلفون في الفاظه على ماسيأتي بعد وعمدة الفريق النافى لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الاصل فى الشرع الايحلف أحد الا على ماعلم قطعاً اوشاهد حساً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم اولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخارى عن أبى قلابة أن عمر بن عبد العزيز ابرز سريره يوماً للناس ثم اذن لهم فدخلوا عليه فقال ماتقولون فى القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد اقاد بها الخلفاء فقال ماتقول يا اباقلابة ونصبنى للناس فقلت يا أمير المومنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد أرايت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه اكنت ترجمه قال لاقلت أفرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه اكنت تقطعه قال لا وفى بعض الروايات قلت فما بالهم اذا شهدوا انه قتله بارض كذا وهم عندك اقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة انهم ان اقاموا شاهدى عدل ان فلانا قتله فاقدو ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها ان من الاصول ان الايمان ليس لها تاثير فى اشاطة الدماء ومنها ان من الاصول ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر ومن حجتهم انهم لم يروا فى تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكماً جاهلياً فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لايلزم الحكم بها على اصول الاسلام ولذلك قال لهم ايحلفون خمسين يميناً اعنى لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف يقبل ايمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة ان يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هى السنة قال واذا كانت هذه الاثار غير نص فى القضاء بالقسامة والتاويل يتطرق اليها فصرفها بالتاويل الى الاصول أولى واما القائلون بها وبخاصة مالك فرآن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة فى ذلك حوطة الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظاً للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والاباق والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا اجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك ان المسلوبين مدعون على سالبهم والله اعلم

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية فى الخطإ وقال الشافعى والثورى وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لايستحق بها إلا رفع الدعوى على الاصل فى ان اليمين انما تجب على المدعي عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعي عليه ويغرم الديه فعلى هذا انما يستحق منها رفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله مارواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك مارواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلي الله عليه وسلم اتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم او قاتلكم واما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان توجد لها تاثير فى استحقاق الاموال أعني في الشرع مثل ماثبت من الحكم فى الاموال باليمين والشاهد ومثل مايجب المال بنكول المدعى عليه او بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبى ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه أيضاً انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف في اسناده فارسله مالك واسنده غيره قال القاضى يشبه ان تكون هذه العلة هى السبب فى ان لم يخرج البخارى هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس فى ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لاقود

بالقسامة ولكن يستحق بها الدية واما الذين قالوا انه تستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو ان الايمان على المدعى عليه والاحاديث التي نذكرها فيما بعد ان شاء الله ﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلف القائلون بالقسامة اعنى الذين قالوا انها يستوجب بها مال او دم فيمن يبدأ بالايمان بالخمسين على ما ورد فى الآثار فقال الشافعي واحمد وداود ابن على وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من اهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ المدعين حديث مالك عن ابن ابي ليلى عن سهل بن ابى حثمة ومرسله عن بشير بن بشار وعمدة من رآ التبدية بالمدعى عليهم ما خرجه البخارى عن سعيد بن عبيد الطاءى عن بشير بن بشار ان رجلا من الانصار يقال له سهيل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تاتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة قالوا فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة قال القاضى وهذا نص فى انه لا يستوجب بالايمان الخمسين الا رفع الدعوى فقط واحتجوا ايضا بما خرجه ابو داود ايضا عن ابى سلمة بن ابى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم ايحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فابوا فقال للانصار احلفوا فقالوا انحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين اظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليهم والزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهرى عن ابى سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر اعنى انه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله ايضا من تبدية اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان اجرى فرسه فوطئ على اصبع الجهنى فنزى فيها فمات فقال عمر للذى ادعى عليهم اتحلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها فابوا ان يحلفوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا فابوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا واحاديثنا هذه اولى من التى روى فيها تبدية المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لاحاديثنا من ان اليمين على المدعى عليه ثابتة ﴿المسئلة الرابعة﴾ وهى موجب القسامة عند القائلين بها اجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا فى الشبهة ما هى فقال الشافعى اذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو ان يوجد قتيل فى محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين اولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما اشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا اعنى ان القسامة لا تجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند اصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعى فى قرينة الحال المخيلة مثل ان يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا ان مالكا يرى ان وجود القتيل فى المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين اهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق هاهنا شئ يجب ان يكون اصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال ابو حنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل فى محلة قوم وبه اثر وجبت القسامة على اهل المحلة ومن اهل العلم من اوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ودون وجود الاثر بالقتيل الذى اشترطه ابو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد

قتيل لا يعرف من قتله ايـنما وجد فادعي ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطا فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وقال داود لا اقضى بالقسامة الا في مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعلا قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة وقال كل قاتل بما غلب على ظنه انه شبهة توجب القسامة ولمكان الشبه رآ تبدئة المدعين بالايمان من رآ ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تعليق الشرع عنده باليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه واما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه السلام لو يعطى الناس بدعاويهم لادعي قوم دماء قوم واموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم في صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بني اسراءيل فضعيف لان التصديق هنالك استنزال الفعل الخارق للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها اكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال احمد بن حنبل وقال اشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومى كل من اقسم عليه قتل وقال مالك والليث إذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب آخر وبقي المضروب اياما بعد الضرب ثم مات اقسم اولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا في القسامة في العبد فبعض اثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر وبعض نفاها تشبيهاً بالبهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها في مال القاتل ولا يحلف فيها اقل من خمسين رجلا خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده اقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطا وان نكل عنده احد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكل أعنى حقه منها وقال الزهرى ان نكل منهم احد بطلت الدية فى حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضى والقول في القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من اجناس الاموال الشرعية راوا ان الاولى أن نذكر فى ذلك الجنس واما القضاء الذى يعم اكثر من جنس واحد من اجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكرونها فى كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الامرين جميعاً كما فعل مالك في الموطا فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب

بسم الله الرحمان الرحيم صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحد في الزنا

والنظر فى اصول هذا الكتاب فى حد الزنا وفي اصناف الزناة وفى العقوبات لكل صنف منهم وفيما تثبت به هذه الفاحشة

الباب الاول

فاما الزنا فهو كل وطئ وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفى ذلك مسائل نذكر منها أشهرها * فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمية وحجة الجماعة قوله عليه السلام ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه ام لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذى يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذى لا يملك ام حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذى يملك فان حكم ما

ملك الحاية وحكم ما لم يملك الحرمية* ومنها اختلافهم فى الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو اشبه والسبب في هذه وفى التى قبلها واحد والله اعلم* ومنها ان يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هى هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج * ومنها الرجل يقع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه السلام لرجل خاطبه انت ومالك لابيك ولقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بالولد ولاجماعهم على انه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت ام لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم ايضا اجماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن ان يقتص من ابيه وكذلك كل من كان الابن له ولياً* ومنها الرجل يطا جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت عليه وهى حرة وبه قال أحمد واسحاق وهو قول ابن مسعود الاول وهو قول عمر ورواه مالك فى الموطا عليه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا او ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من اوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ما ثبت ان رسول الله عليه السلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرهها فهى حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوعته فهي له وعليه لسيدتها مثلها وايضاً فان له شبهة فى مالها بدليل قوله عليه السلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوي هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث اوفي الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك* ومنها ما يراه أبو حنيفة من درإ الحد عن واطئ المستاجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله فى ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكانه رآ ان هذه المنفعة اشبهت سائر المنافع التى استاجرها عليها فدخلت الشبهة * ومنها درأ الحد عمن امتنع اختلف فيه ايضاً وبالجملة فالانكحة الفاسدة داخلة فى هذا الباب واكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الام وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل

﴿الباب الثانى﴾ والزناة الذين تختلف فيهم العقوبة باختلافهم اربعة اصناف محصنون ثيب وابكار وأحرار وعبيد وذكور واناث* والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى الزانية والزانى الاية واختلفوا فى موضعين احدهما هل يجلدون مع الرجم ام لا والموضع الثانى في شروط الاحصان ﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصرى واسحاق واحمد وداود الزانى المحصن يجلد ثم يرجم عمدة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج فى الصحاح ولم يرو أنه جلد واحداً منهم ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوى فى الحد الاكبر وذلك ان الحد انما وضع للزجر فلا تاثير فى الزجر للضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثانى عموم قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا ايضاً بحديث على رضى الله عنه خرجه مسلم وغيره ان علياً رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبى عليه السلام قال خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة واما الاحصان

فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء فى عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض او فى الصيام فاذا زنا بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق أبو حنيفة مالكاً فى هذه الشروط الا فى الوطء المحظور واشترط فى الحرية ان تكون من الطرفين أعنى ان يكون الزانى والزانية حرين ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعى ماوواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا اذ رفع اليه امرهما اليهود والله تعالى يقول وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطء فى نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب واما الابكار فان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة واختلفوا فى التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لاتغريب أصلا وقال الشافعى لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر كان او انثى حراً كان أو عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعي ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من اوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ماخرج اهل الصحاح عن ابي هريرة وزيد بن خالد الجهنى انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتي النبى عليه السلام قال يارسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله فقال الخصم وهو أفقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وإيذن لى ان نتكلم فقال له النبي قل قال ان ابنى كان عسيفاً على هذا فزنا بامرأته وانى اخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبروني انما على ابنى جلد مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسو الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده لاقضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد ياانيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها انيس فاعترفت فامر النبى عليه السلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه رآ ان المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحي الذى كثيراً مايقول به مالك واما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبنى على رأيهم ان الزيادة على النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الاحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى عن الكوفين عن أبى بكر وعمر انهم غربوا واما حكم العبيد فى هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور واناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لاحد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب * والسبب في اختلافهم الاشتراك الذى في اسم الاحصان في قوله تعالى فاذا احصن فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لاتجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها واحتج من لم ير على المتزوجة حداً بحديث ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى ان النبى عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بظفير واما الذكر من العبيد ففقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولم يخصص حراً من عبد فهذا هو القول فى اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول

فى كيفية الحدود وفي وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروي ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حين امر برجمها وبه قال ابو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة اخرجها فحفر لها حفيرة فادخلت فيها واحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم انى اخاف ان يصيب بعضكم بعضاً ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سرورجم علانية فما كان منه باقرار فاول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فاول من يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وابو حنيفة لايحفر للمرجوم وخير فى ذلك الشافعى وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ماخرج البخارى ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فر فادركناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم انه حفر له فى اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالاحاديث فى ذلك مختلفة قال احمد اكثر الاحاديث على ان لا حفر وقال مالك يضرب فى الحدود الظهر ومايقاربه وقال ابو حنيفة والشافعى يضرب سائر الاعضاء ويبقى الفرج والوجه وزاد ابو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك فى ضرب الحدود كلها وعند الشافعى وابى حنيفة ماعدى القدف على ماسياتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعداً ولا يقام قائماً خلافاً لمن قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع ان يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المومنين واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك اربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل مافوقهما واما الوقت فان الجمهور على انه لايقام فى الحر الشديد ولا فى البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال احمد واسحاق واحتجا بحديث عمر انه اقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو ان يقام حيث لايغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقاً من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتي يبرأ وكذلك الامر فى شدة الحر والبرد

﴿ البـــــاب الثالث وهو معرفة ماتثبت به هذه الفاحشة ﴾

وأجمع العلماء على ان الزنا يثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا فى ثبوته بظهور الحمل فى النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا فى شروط الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه فى موضعين أحدهما عدد مرات الاقرار الذى يلزم به الحد والموضع الثانى هل من شرطه الا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد اما عدد الاقرار الذى يجب به الحد فان مالكا والشافعى يقولان يكفى فى وجوب الحد عليه اعترافه بمرة واحدة وبه قال داود وابو ثور والطبرى وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن ابى ليلى لايجب الحد الا باقارير اربعة مرة بعد مرة وبه قال احمد وإسحق وزاد ابو حنيفة واصحابه فى مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعي ماجاء في حديث ابى هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه السلام اغديا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عدداً وعمدة الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى عليه السلام انه رد ماعزاً حتي اقر اربع مرات ثم امر برجمه وفى غيره من الاحاديث قالوا وماورد فى بعض الروايات انه اقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ ﴿ وأما المســـــألة الثانية ﴾ وهى من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن ابي ليلى وعثمان البتى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه فى ذلك روايتان إحداهما يقبل وهي الرواية المشهورة والثانية لايقبل رجوعه وإنما صار الجمهور الى تاثير الرجوع فى الاقرار لماثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزاً وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك لايجب على من اوجب

سقوط الحد بالرجوع ان يكون التمادى على الاقرار شرطاً من شروط الحد وقدروى من طريق ان ماعزاً لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه السلام فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبي عليه السلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعي بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثاً في وجوب الحد وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على انه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط فى الشهود اربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وان من صفتهم ان يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة ان تكون بمعاينة فرجه في فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لا فى زمان ولا فى مكان الا ما حكى عن ابى حنيفة من مسئلة الزويا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها فى ركن من البيت يطؤها غير الركن الذي رآه فيه الاخر وأما اختلافهم في إقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد عاماً ذكره مالك فى الموطا من حديث عمر وبه قال مالك الا أن تكون جاءت بأمارة على استكراهها مثل ان تكون بكراً فتاتي وهى تدمى أو تفضح نفسها باثر الاستكراه وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ماعدي الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعى لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تات فى دعوى الاستكراه بامارة ولا في دعوى الزوجية ببينة لانها بمنزلة من اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء فى حديث شراحة ان عليا رضى الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا اتاك فى نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت انها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين اهل الاسلام أن المستكرهة لا حد عليها وانما اختلفوا فى وجوب الصداق لها

بسم الله الرحمان الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿كتاب الحد في القذف﴾

والنظر فى هذا الكتاب فى القذف والقاذف والمقذوف وفى العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء الآية فاما القاذف فانهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهو البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً او انثي حراً اوعبداً مسلماً اوغير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه ان يجتمع فيه خمسة اوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا فان انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية فى المقذوف ويحتمل ان يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر فى سن المرأة ان تطيق الوطء وأما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين أحدهما ان يرمى القاذف المقذوف بالزنا والثاني ان ينفيه عن نسبه اذا كانت امه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة اوامة فقال مالك سواء كانت حرة او أمة اومسلمة أوكافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعي لا حد عليه اذا كانت ام المقذوف امة اوكتابية وهو قياس قول الشافعى وابي حنيفة واتفقوا أن القذف اذا كان بهذين المعنيين انه ان كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وابن ابي ليلى لا حد فى التعريض الا ان ابا حنيفة والشافعى يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه فى التعريض الحد وهى مسئلة وقعت فى زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة

فاختلفوا فيها عليه فرآ عمر فيها الحد وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه أعنى مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذى فى الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق أن الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف فى مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرى به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقذوف باربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا اقل من اربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وإنما اختلف المذهب فى الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل * والسبب فى اختلافهم هل يشترط فى نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الاصل المعتبر فيما سوى القذف اذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد وأما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على انه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى ثمانين جلدة واختلفوا فى العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك اربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار ابو ثور والاوزاعي وداود واصحابه من اهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده فى القذف على حده في الزنا وأما اهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما اجمعوا ايضاً ان حد الكتابى ثمانون فكان العبد احرى بذلك وأما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حداً ثانياً واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم فى القذف او فرقهم وبه قال مالك وابو حنيفة والثورى واحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعى والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حي انه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم فى كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يا زناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يا زان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث انس وغيره أن هلال بن امية قذف امرأته بشريك بن سمحاء فرفع ذلك الى النبي عليه السلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من اهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رآ أن الحد لكل واحد منهم انه حق للادميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة او كلمات اوفي مجلس واحد اوفي مجالس فلانه رآ انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان اوجب ان يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام اولم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك فمرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا ان يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب في اختلافهم هل هو حق لله او حق للادميين او حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للادميين اجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين ان يصل الامام اولا يصل وقياساً على الاثر الوارد فى السرقة وعمدة من رآ انه حق للادميين وهو الاظهر ان المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد وأما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيمه فى القذف واتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته ابداً * والسبب فى اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة

المتقدمة او يعود الى اقرب مذكور وذلك في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا فمن قال يعود الى اقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رآ أن الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة امر غير مناسب في الشرع أى خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد ﴿ وأما بماذا يثبت ﴾ فانهم اتفقوا على انه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعي فهذه هي اصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعه؛ قال القاضى وان انسا الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن انس مرتباً ترتيباً صناعياً اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التى هى جزيرة الاندلس حتي يكون به القارئ مجتهداً في مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندى شئ ينقطع العمر دونه

باب في شرب الخمر

والكلام في هذه الجناية في الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال اهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان او كثيراً سكر اولم يسكر وقال اهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذى يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة ادلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة في وجوب الحد واكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعى وابو ثور وداود الحد في ذلك اربعون هذا في حد الحر وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور هو على النصف من حد اهل الحد وقال اهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو اربعون وعند الشافعى عشرون وعند من قال ثمانون اربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر واشارة على عليه بان يجعل الحد ثمانين قياساً على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حداً وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وأن ابا بكر رضى الله عنه شاور اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه باربعين وروي عن ابى سعيد الحدزى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين اربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطاً وروى من طريق آخر عن ابي سعيد الخدرى ما هو اثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر اربعين وروى هذا عن على عن النبى عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعى وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال ابو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعى يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول احمد وإسحاق وابى ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام اذا زنت امة احدكم فليجلدها وأما الشافعى فاعتمد مع هذه الاحاديث ماروي عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال اقيموا الحدود على ماملكت ايمانكم ولانه ايضاً مروي عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم منهم

ابن عمر وابن مسعود وانس وعمدة أبي حنيفة الاجماع على ان الاصل في اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والفيء والحكم الى السلطان

﴿ فصل ﴾

وأما بماذا يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على انه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال مالك واصحابه وجمهور اهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور اهل العراق وطائفة من اهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من اجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشبهة

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب السرقة ﴾

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المسروق التي يجب به الحد وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما تثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهي اخذ مال الغير مستترا من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم اجمعوا انه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع الا اياس بن معاوية فانه اوجب في الخلسة القطع وذلك مروي عن النبي عليه السلام واوجب ايضاً قوم القطع على من استعار حلياً اومتاعاً ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال احمد واسحاق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي عليه السلام بقطع يدها فأتى اسامة اهلها فكلموه فكلم اسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا اسامة لا اراك تتكلم في حد من حدود الله ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مامون وانه لم ياخذ بغير اذن فضلا ان ياخذ من حرز قالوا وفي الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقة وكذلك اجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل فحكمه حكم المحارب على ما سياتي في حد المحارب وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً او عبداً ذكراً او انثى اومسلماً اوذمياً الا ماروى في الصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى أن الاجماع ينعقد بعد وجوب الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق الا تشبيه سقوط الحد عنه بسقوط شطره اعني الحدود التي تتشطر في حق العبيد وهو تشبيه ضعيف واما المسروق فان له شرائط مختلف فيها فمن اشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ماروى عن الحسن البصري انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية وربما احتجوا بحديث ابي هريرة خرجه البخاري ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور

اختلفوا في قدره اختلافاً كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند الى ادلة ثابتة وهو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم . والثاني قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة مما عدى الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعني اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل ان يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الاصل في تقويم الاشياء هو الربع دينار وهو الاصل ايضاً للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان تساوي ربع دينار وأما مالك فالدنانير والدراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في نقود اهل ذلك البلد فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم وبقول الشافعي في التقويم قال ابو ثور والاوزاعي وداود وبقول مالك المشهور قال احمد اعني بالتقويم بالدراهم واما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في اقل منه وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في اقل من خمسة دراهم وقد قيل في اربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبي عليه السلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة اوقفه مالك واسنده البخاري ومسلم الى النبي عليه السلام انه قال تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً واما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في احاديث قالوا وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رآ القطع في المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبي عليه السلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن ايوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف في ثمن المجن وجب الا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار واما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو انه قطع في اترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل ان الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهماً والقطع في ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع في عشرة دراهم ادخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع اولى من الترجيح فمذهب الشافعي اولى المذاهب فهذا هو احد الشروط المشترطة في القطع واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع أعني نصابا دون ان يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بان يخرجوا النصاب من الحرز معاً مثل ان يكون عدلا اوصندوقاً يساوي النصاب فقال مالك يقطعون جميعاً وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور وقال ابو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما اخذه كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع رآ العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق أي ان هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال قال يقطع ومن رآ ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع ايد كثيرة فيما اوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع واما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى واصحابه متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع وان كان

قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه ان يقال في حد الحرز انه ما شأنه ان تحفظ به الاموال كي يعسر اخذها مثل الاغلاق والحظائر وما اشبه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق أتصف بالاخراج من الحرز على ما سنذكره بعد وممن ذهب الي هذا مالك وابو حنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم وقال اهل الظاهر وطائفة من اهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى عليه السلام انه قال لا قطع في ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا أواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك ايضاً عن عبد الله بن عبد الرحمان بن أبي حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الاية قالوا فوجب ان تحمل الاية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصته السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب وقال ابو عمر بن عبد البر احاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات وأما الحرز عند الذين اوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في اشياء مثل اتفاقهم على ان باب البيت وغلقه حرز واختلافهم في الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا اخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه إلا إذا اخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش اوليس بحرز فقال مالك والشافعى وأحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شئ جرت العادة بحفظ ذلك الشئ المسروق فيه فمرابط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس فالانسان حرز لكل ما عليه او هو عنده واذا توسد النائم شيئاً فهو له حرز على ما جاء فى حديث صفوان بن امية وسيأتي بعد وما اخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلى اوغيره الا ان يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئاً لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على ان كل من سمى مخرجا للشئ من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز اوخارجه وإذ ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والاخر خارجه فقرب أحدهما المتاع المسروق الى ثقب في البيت فتناوله الاخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف فى هذا كله آئل الي انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه اولا انطلاقه فهذا هو القول في الحرز واشتراطه فى وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم اخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه اذا اخذ بعد رميه وقبل ان يخرج وقال ابن القاسم يقطع

﴿فصل﴾ وأما جنس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب في سرقته القطع ما عدا الاشياء الرطبة المأكولة والاشياء التى أصلها مباحة فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة فى اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى

هكذا مطلقاً من غير زيادة وعمدته أيضاً فى منع القطع فيما اصله مباح الشبهة التى فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذى يجب فيه القطع الايكون للسارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ الحد مما ليس بشبهه وهذا هو أيضاً أحد الشروط المشترطة فى المسروق هو فى ثلاثة مواضع فى جنسه وقدره وشروطه وستاتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعنى من النظر فى جنس المسروق فى المصحف فقال مالك والشافعى يقطع سارقه وقال ابو حنيفة لايقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على انه لايجوز بيعه أو أن لكل أحد فيه حقاً اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيراً مملوكا أعجمياً ممن لايفقه ولايعقل الكلام فقال الجمهور يقطع واما ان كان كبيرا يفقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لايقطع واختلفوا فى الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولايقطع عند أبى حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرا هذا الحد واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لايدرأ فمنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لايقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً وقال أهل الظاهر يقطع الا ان يأتمنه سيده واشترط مالك فى الخادم الذى يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه والشافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الاخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعى الاحتياط الاقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزنى ومنها القرابات فمذهب مالك فيها الايقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك ويقطع ما سواهم من القرابات وقال الشافعى لا يقطع عمود النسب الاعلى والاسفل يعنى الاب والاجداد والابناء وأبناء الابناء وقال ابو حنيفة لايقطع ذوالرحم المحرمة وقال أبو ثور تقطع يد كل من سرق الاما خصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم او من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من اصحابه لايقطع فهذا هو القول فى الاشياء التى يجب بها مايجب فى هذه الجناية

القول فى الواجب

وأما الواجب فى هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التى ذكرنا أعنى الموجودة فى السارق وفى الشىء المسروق وفى صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هى جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسراً اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسراً لم يتبع به اذا اثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انه اجتمع فى السرقة حقان حق لله وحق للادمى فاقتضى كل حق موجبه وأيضاً فانهم لما أجمعوا على اخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون فى ضمانه قياساً على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمان بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايغرم السارق اذا اقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النساءى والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين فى حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئاً ما فقطع فيه ثم سرقه ثانياً انه لا يقطع فيه واما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس وأما القطع فالنظر فى محله وفيمن سرق وقد عدم المحل واما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذى عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى فى السرقة فانهم اختلفوا فى ذلك

فقال اهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض اهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وابو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة ام لا فقال سفيان وابو حنيفة يقف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وابي بكر اعنى قول مالك وابى حنيفة فعمدة من لم ير الا قطع اليد قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولم يذكر الارجل الا في المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم اتي به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم اتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم اخذه الخامسة فقتله الا انه منكر عند اهل الحديث ويرده قوله عليه السلام هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبي عليه السلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فقيل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذى في اصل الساق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذى في وسط القدم واتفقوا على ان لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق مالم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه السلام لو كانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل ان تاتيني به واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ماسرقه او يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال ابو حنيفة وطائفة لاحد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن امية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن امية من المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تقطع يده فقال صفوان لم ارد هذا يارسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تاتيني به

﴿ القول فيما تثبت به السرقة ﴾ واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى انها تثبت باقرار الحر واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرماً وقال زفر لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الحرابة ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية وذلك أن هذه الاية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه السلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت ايديهم وارجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحاربين لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل

ان

ان تقدروا عليهم وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى انها فى المحاربين والنظر في اصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أجناس * أحدها النظر فى الحرابة * والثاني النظر فى المحارب * والثالث فيما يجب على المحارب * والرابع فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة * والخامس بما ذا تثبت هذه الجناية

الباب الاول

فأما الحرابة فاتفقوا على انها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعى الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لان المغالبة انما تاتي بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعى انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة واما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة فى المصر

الباب الثاني

فأما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمى

الباب الثالث

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدى وقطع الارجل من خلاف والنفى على ما نص الله تعالى فى آية الحرابة واختلفوا فى هذه العقوبات هل هى علي التخيير او مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلابد من قتله وليس للامام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه وانما التخيير في قتله او صلبه واما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه وانما التخيير فى قتله او صلبه او قطعه من خلاف واما اذا اخاف السبل فقط فالامام عنده مخير فى قتله او صلبه او قطعه او نفيه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع فى ذلك الي اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله او صلبه لان القطع لا يرفع ضرره وان كان لا رأى له وانما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شئ من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفى وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحاربين الا من قتل ولا يقطع الا من اخذ المال ولا ينفى الا من لم ياخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل او لم يقتل اخذ المال او لم ياخذه * وسبب الخلاف هل حرف أو فى الاية للتخيير او للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا فى معنى قوله او يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك انه يقتل ويصلب معاً وهؤلاء منهم من قال يقتل اولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل انه يصلب حياً ثم يقتل في الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رآ انه يقتل اولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رآ أنه يقتل فى الخشبة فقال بعضهم لا يصلى عليه تنكيلا له وقيل يصب عليه خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون اذا قتل في الخشبة انزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب أبو حنيفة واصحابه انه لا يبقى على الخشبة اكثر من ثلاثة ايام وأما قوله او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسري ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال اشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف ايضا فى قوله او ينفوا من الارض فقيل ان النفى هو السجن وقيل ان النفى هو ان ينفي من بلد الى بلد فيسجن فيه الي ان تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالاول قال أبو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفى هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما ان ينفى بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعي اما النفى فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم فى البلاد بالاتباع وقيل هى عقوبة مقصودة

فقيل على هذا ينفى ويسجن دائماً وكلاهما عن الشافعى وقيل معنى او ينفوا اى من ارض الاسلام الى أرض الحرب فالذى يظهر ان النفى هو تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى ولو انا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم او اخرجوا من دياركم الاية فسوى بين النفى والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفاً لا بالعادة ولا بالعرف

﴿الباب الرابع﴾

واما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم واختلف من ذلك في اربعة مواضع احدها هل تقبل توبته. والثاني ان قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته فان لاهل العلم فى ذلك قولين قول انه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم وقول انه لا تقبل توبته قال ذلك من قال ان الاية لم تنزل فى المحاربين واما صفة التوبة التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة اقوال احدها ان توبته تكون بوجهين احدهما ان يترك ماهو عليه وان لم يات الامام والثاني أن يلقى سلاحه ويأتى الامام طائعاً وهو مذهب ابن القاسم والقول الثانى أن توبته انما تكون بأن يترك ماهو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لجيرانه وان اتى الامام قبل ان تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجئ الى الامام وان ترك ماهو عليه لم يسقط ذلك عنه حكماً من الاحكام ان اخذ قبل ان ياتى الامام وتحصيل ذلك هو ان توبته قيل انها تكون بان ياتى الامام قبل ان يقدر عليه وقيل انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا واما صفة المحارب الذى تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها ايضاً على ثلاثة أقوال احدها ان يلحق بدار الحرب والثانى ان تكون له فئة والثالث كيف ما كان كانت له فئة او لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف فى المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقيل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لا أمان له لانه انما يؤمن المشرك وأما ما تسقط عنه التوبة فاختلفوا فى ذلك على اربعة اقوال احدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الادميين وهو قول مالك والقول الثانى أن التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع فى السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا ان يعفوا أولياء المقتول والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفى الاموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذممهم والقول الرابع أن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الادميين من مال ودم الا ما كان من الاموال قائم العين بيده

﴿الباب الخامس﴾

واما بما ذا يثبت هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم وقال الشافعى تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لانفسهم ولا لرفقائهم مالا اخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع

﴿فصل فى حكم المحاربين على التاويل﴾

وأما حكم المحاربين على التاويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام ان يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لاصحابه على المسلمين واما اذا اسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعى الذى لا يدعوا الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والا قتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل واكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون باقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم واما ما يلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا الا يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم ما اخذوا من المال الا ان يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه

قال

قال الجمهور لان كل من قاتل على التاويل فليس بكافر بتة اصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتاول

باب فى حكم المرتد

والمرتد اذا ظفر به قبل ان يحارب فاتفقوا على انه يقتل الرجل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا فى قتل المرأة وهل تستتاب قبل ان تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد فى ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام واما الاستتابة فان مالكا شرط فى قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته واما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته بدار الاسلام أو بعد ان لحق بدار الحرب الا ان يسلم واما اذا اسلم المرتد المحارب بعد ان اخذ او قبل ان يوخذ فانه يختلف فى حكمه فان كانت حرابته فى دار الحرب فهو عند مالك كالحربي يسلم لا تباعة عليه فى شئ مما فعل فى حال ارتداده واما ان كانت حرابته فى دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنا حكم المرتد اذا جنا فى ردته فى دار الاسلام ثم اسلم وقد اختلف اصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف فى هذا الباب فى حكم الساحر فقال مالك يقتل كفرا وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا قتل الا مع الكفر

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الاقضيـــــة

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى ستة أبواب احدها فى معرفة من يجوز قضاؤه * والثاني فى معرفة ما يقضى به * والثالث فى معرفة ما يقضى فيه * والرابع فى معرفة من يقضي عليه أوله * والخامس فى كيفيــة القضاء * والسادس في وقت القضاء

البـــــاب الاول

والنظر فى هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشترطة فى الجواز فان يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا وقد قيل فى المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به واختلفوا فى كونه من اهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب ان يكون من اهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال ابو حنيفة يجوز حكم العامى قال القاضى وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمة الله عليه فى المقدمات عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة فقال الجمهور هى شرط فى صحة الحكم وقال ابو حنيفة يجوز ان تكون المرأة قاضيا فى الاموال وقال الطبرى يجوز ان تكون المرأة حاكما على الاطلاق فى كل شئ قال عبد الوهاب ولا اعلم بينهم اختلافا فى اشتراط الحرية فمن رد قضاء المراة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ومن اجاز حكمها في الاموال فتشبيها بجواز شهادتها فى الاموال ومن رآ حكمها نافذاً فى كل شئ قال ان الاصل هو ان كل من يتأتي منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ما خصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته وليست شرطا فى جواز ولايته وذلك أن من صفات القاضى فى المذهب ما هى شرط فى الجواز فهذا اذا ولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هى شرط فى الاستمرار وليست شرطاً في الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ما حكم به الا ان يكون جوزاً ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك ان يكون واحداً والشافعى يجيز ان يكون في المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما فى كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال وإذا تنازع الخصمان فى اختيار احدهما وجب ان يقترعا عنده وأما فضائل القضاء

فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامى هل يجوز ان يكون قاضياً والابين جوازه لكونه عليه السلام امياً وقال قوم لاتجوز وعن الشافعي القولان جميعاً لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز ولاخلاف فى جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضى شرط فى صحة قضائه لاخلاف اعرف فيه واختلفوا من هذا الباب فى نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعى في احد قوليه لايجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضي البلد

الباب الثانى

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضي يحكم فى كل شئ من الحقوق كان حقاً لله او حقاً للادميين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الايمة فى المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف فى المرض والسفر الاان يوذن له وليس ينظر فى الجباة ولافى غير ذلك من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل مايحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن فى نفسه حلالا وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذى يعتريه لايحل حراماً ولايحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه السلام إنما انا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشئ من حق اخيه فلاياخذ منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار واختلفوا في حل عصمة النكاح او عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لايحل حرام ولايحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج فى ذلك سواء لايحل حكم الحاكم منها حراماً ولايحرم حلالا وذلك مثل ان يشهد شاهدا زور فى امرأة اجنبية انها زوجة لرجل اجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لاتحل له وان احلها الحاكم بظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم أن احد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هي الكاذبة لان زناها لايوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور أن الفرقة ههنا انما وقعت عقوبة للعلم بان احدهما كاذب

الباب الثالث فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون باربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالاقرار اوبما تركب من هذه ففى هذا الباب اربعة فصول

الفصل الاول في الشهادة

والنظر فى الشهود فى ثلاثة اشياء في الصفة والجنس والعدد وأما عدد الصفات المعتبرة فى قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفى التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها مختلف فيها فأما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها فى قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم واختلفوا فيما هى العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو ان يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحباته مجتنباً للمحرمات والمكروهات وقال ابو حنيفة يكفى فى العدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحة * وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم فى مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لاتقبل لقوله تعالي يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الامن كان فسقه من قبل القذف فان اباحنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل * وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى ولاتقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك الى اقرب مذكور اليه او على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو أن التوبة لاتسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اتفقوا على انه يشترط حيث تشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان

بعضهم

بعضهم على بعض فى الجراح وفى القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وانما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها ألا يتفرقوا لئلا يجنبوا واختلف اصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير ام لا ولم يختلفوا انه يشترط فيها العدة المشترطة فى الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة ام لا واختلفوا ايضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عمدة لمالك فى هذا الا أنه مروى عن ابن الزبير قال الشافعى فاذا احتج محتج بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وانه لا تجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية أثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم الاية فقال ابو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعى لا يجوز ذلك ورأوا ان الاية منسوخة وأما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها فى قبول الشهادة وقال اهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تاثير في الرد الا ان يثبت ذلك من كتاب الله او سنة او اجماع وكان الجمهور راوا ان العبودية اثر من اثر الكفر فوجب ان يكون لها تاثير فى رد الشهادة واما التهمة التي سببها المحبة فان العلماء اجمعوا على انها مؤثرة فى إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة او البغضة التى سببها العداوة الدنيوية فقال برده فقهاء الامصار الا أنهم اتفقوا فى مواضع على إعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفى مواضع اختلفوا فيها فأعملها بعضهم واسقطها بعضهم فمما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا فى تاثير التهمة فى شهادتهم شهادة الزوجين احدهما للاخر فان مالكا ردها وابا حنيفة وأجازها الشافعى وابو ثور والحسن وقال ابن ابى ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعي ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الاخ لاخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعاً الى اخيه يناله بره وصلته ماعدا الاوزاعي فانه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعى لا تقبل وقال ابو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روي عنه عليه السلام انه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضري لقلة شهود البدوى ما يقع فى المصر فهذه هى عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد اجمع الجمهور على تاثيرها فى الاحكام الشرعية مثل اجماعهم على انه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواه اذ كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين والامر بالشئ يقتضى إجزاء المامور به الا ما خصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه واما من طريق النظر فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة انما اعتملها الشرع فى الفاسق ومنع إعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة واما النظر فى العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من اربعة عدول ذكور واتفقوا على انه تثبت جميع الحقوق ماعدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ماخلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من اربعة شهداء تشبيهاً بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه واستشهدوا شهيدين من رجالكم وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الا ابن ابي ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على انه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر

وامراتين لقوله تعالى فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهداء واختلفوا في قبولهما في الحدود فالذي عليه الجمهور انه
لاتقبل شهادة النساء في الحدود لامع رجل ولا مفردات وقال اهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء اكثر من
واحدة في كل شئ على ظاهر الاية وقال ابو حنيفة تقبل في الاموال وفيما عدا الحدود من احكام الابدان مثل الطلاق
والرجعة والنكاح والعتق ولاتقبل عند مالك في حكم من احكام البدن واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الابدان
المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لاتتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان
وقال أشهب وابن الماجشون لايقبل فيه الا رجلان واما شهادة النساء مفردات اعني النساء دون الرجال فهي مقبولة
عند الجمهور في حقوق الابدان التي لايطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولاخلاف في شئ
من هذا الا في الرضاع فان أباحنيفة قال لاتقبل فيه شهادتهن الامع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التي يطلع عليها
الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منهن فقال مالك
يكفي في ذلك امراتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك اقل من اربع لان الله عز
وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امراتين واشترط الاثنينية وقال قوم لايكتفي في ذلك بأقل من ثلاث وهو قول
لامعنى له وأجاز ابو حنيفة شهادة المراة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية او بعضهم لايجيزون شهادة النساء
مفردات في كل شئ كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شئ وهو الظاهر واما شهادة المراة الواحدة بالرضاع فانهم ايضاً
اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المراة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره الانكار ولذلك
لم يختلف قول مالك في انه مكروه

﴿الفصل الثاني﴾

واما الايمان فانهم اتفقوا على انها تبطل بها
الدعوى عن المدعي عليه اذا لم تكن للمدعي بينة واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعي فقال مالك يثبت بها حق المدعي في
اثبات ما انكره المدعي عليه وإبطال ماثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعي
اقوى سبباً وشبهة من المدعي عليه وقال غيره لاتثبت للمدعي باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت
عليه او اثبات حق انكره فيه خصمه* وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين
على من انكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع ام انما خص المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين لان المدعي في الاكثر
هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم
خصوصاً قال لايثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ماهو اقوى
شبهة قال اذا اتفق ان يكون موضع تكون فيه شبهة المدعي اقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق
الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعي مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شئ بهذه الصفة
ولاولئك ان يقولوا الاصل ماذكرنا الا ماخصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التي تسقط الدعوى اوتثبتها هي
اليمين بالله الذي لا إله الا هو واقاويل فقهاء الامصار في صفتها متقاربة وهي عند مالك بالله الذي لااله الا هو لايزيد عليها
ويزيد الشافعي الذي يعلم من السر مايعلم من العلانية واما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى انها
تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم
فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي عليه السلام فلاخلاف انه يحلف على المنبر وان كان في
غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما

له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون ديناراً وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال ابو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر ام لا فمن قال انه يفهم منه ذلك لانه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثماً تبوأ مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قالوا وكما ان التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه السلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وقال الفريق الآخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال في اللعان انه يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر واما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد في الاموال وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع اما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الا ان الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخاري واما مالك فانما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسل واجب وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد وأما من السنة فما اخرجه البخاري ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا الى النبي عليه السلام فقال شاهداك او يمينه فقلت اذاً يحلف ولا يبالي فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فاجر لقي الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه السلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الا يستوفي اقسام الحجة للمدعي والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على اصلهم في ان اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويت هاهنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد اقيمتا مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز له لانه انما اقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب

الفصل الثالث

واما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء ايضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء اهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعي

عليه لم يجب للمدعى شيء بنفس النكول الا ان يحلف المدعي او يكون له شاهد واحد وقال ابو حنيفة واصحابه
وجمهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك فى المال بعد ان يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب
اليمين عند مالك يكون فى الموضع الذى يقبل فيه شاهد وامرتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعى يكون فى كل
موضع يجب فيه اليمين وقال ابن ابي ليلى أردها فى غير التهمة ولا اردها فى التهمة وعند مالك فى يمين التهمة هل
تنقلب ام لا قولان فعمدة من رآ ان تنقلب اليمين مارواه مالك من ان رسول الله صلي الله عليه وسلم رد فى القسامة اليمين
على اليهود بعد ان بدا بالانصار ومن حجة مالك ان الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما بنكول وشاهد
واما بنكول ويمين اصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية في الشهادة وليس يقضى عند الشافعى بشاهد ونكول وعمدة من قضى
بالنكول ان الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين ان تحق عليه الدعوى قالوا واما نقلها
من المدعى عليه الى المدعي فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على انها دلالة المدعى عليه فهذه اصول الحجج التى يقضى بها
القاضى ومما اتفقوا عليه في هذا الباب انه يقضى القاضى بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران
الشهادة به اعنى اذا اشهد القاضى الذى يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين ان الحكم ثابت عنده أعنى المكتوب في الكتاب
الذي ارسله الى القاضى الثانى فشهدا عند القاضى الثاني انه كتابه وانه أشهدهم بثبوته وقد قيل انه يكتفى فيه بخط القاضى
وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة ان اشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم فقال مالك يجوز
وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا فى العفاص والوكاء هل يقضى به فى اللقطة دون شهادة أم لا بد
فى ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعى لا بد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو
اجرى على نص الاحاديث وقول الغير أجرى على الاصول ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه وذلك
ان العلماء أجمعوا على ان القاضى يقضى بعلمه فى التعديل والتجريح وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وانه يقضى
بعلمه في اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه رآ ان يحضر القاضى شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك أجمعوا على انه
يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الاخر إذا لم يكن في ذلك خلاف واختلفوا إذا كان فى المسئلة خلاف
فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذا وقال قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهنالك سماع من كتاب او
سنة تخالف القياس وهو الاعدل إلا ان يكون القياس تشهد له الاصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو
الوجه الذى ينبغي ان يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الاثر مثل ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق
والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة او اقرار او لا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك واكثر
اصحابه لا يقضى الا بالبينات او الاقرار وبه قال احمد وشريح وقال الشافعي والكوفي وابو ثور وجماعة للقاضى ان يقضى بعلمه
ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر اما عمدة الطائفة التي منعت
من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم بعث اباجهم على صدقة فلاحاه
رجل فى فريضة فوقع بينهما شجاج فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه السلام انى خاطب
الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم ارضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم
قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا
بين فى انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم واما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة فى ذلك للقاضى وقد اجمعوا ان للتهمة

تاثيراً في الشرع منها انه لايرث القاتل عمداً عند الجمهور من قتله ومنها ردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مماهو معلوم
من جمهور الفقهاء واما عمدة من اجاز ذلك امامن طريق السماع فحديث عائشة فى قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها
ابى سفيان بن حرب حين قال لها عليه السلام وقد شكت اباسفيان خذى مايكفيك وولدك بالمعروف دون ان يسمع قول
خصمها وامامن طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذى هو مظنون فى حقه فاحرى ان يحكم بماهو
عنده يقين وخصص ابو حنيفة واصحابه مايحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه فى الحدود ويقضى فى غير ذلك
وخصص ايضاً ابو حنيفة العلم الذى يقضى به فقال يقضى بعلمه الذى علمه فى القضاء ولا يقضى بماعلمه قبل القضاء وروى عن
عمر انه قضي بعلمه على ابي سفيان لرجل من بني مخزوم وقال بعض اصحاب مالك يقضى بعلمه فى المجلس اعنى بمايسمع وان لم
يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كماقلناو قول المغيرة هو اجرى على الاصول لان الاصل فى هذه الشريعة لايقضي بدليل
وان كانت غلبت الظن الواقعة به اقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين

الفصل الرابع فى الاقرار

واما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف فى وجوب الحكم به وانما النظر فيمن يجوز اقراره ممن لايجوز واذا كان الاقرار
محتملا وقع الخلاف امامن يجوز اقراره ممن لايجوز فقد تقدم واماعدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم فى باب الحدود
ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل في المال وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهن من قبل احتمال
اللفظ وانت ان احببت ان تقف عليه فمن كتاب الفروع

الباب الرابع

واما على من يقضى ولمن
يقضى فان الفقهاء اتفقوا على انه يقضى لمن ليس يتهم عليه واختلفوا فى قضائه لمن يتهم عليه فقال مالك لايجوز قضاؤه على
من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لان القضاء يكون باسباب معلومة وليس كذلك الشهادة واما على
من يقضى فانهم اتفقوا على انه يقضى على المسلم الحاضر واختلفوا في الغائب وفي القضاء على اهل الكتاب فاما القضاء
على الغائب فان مالكا والشافعى قالا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال ابو حنيفة لا يقضى على الغائب اصلا وبه قال ابن الماجشون
وقد قيل عن مالك لايقضي في الرباع المستحقة فعمدة من رآ القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لانه لم يكن غائباً عن المصر
وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه السلام فانما اقضى له بحسب ما اسمع وما رواه ابو داود وغيره عن على أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال له حين ارسله الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر وأما الحكم على الذمى فان فى ذلك ثلاثة اقوال
أحدها انه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب ابى حنيفة والثانى انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعى القولان
والثالث انه واجب على الامام ان يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى فان جاءوك فاحكم
بينهم اواعرض عنهم وبهذا تمسك من رآ الخيار ومن اوجبه اعتمد قوله تعالي وأن احكم بينهم ورآ ان هذا ناسخ لآية التخيير
وأما من رآ وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على أن الذمى اذا سرق قطعت يده

الباب الخامس

وأما كيف يقضى القاضى فانهم اجمعوا على انه واجب عليه ان يسوى بين الخصمين فى المجلس
والا يسمع من احدهما دون الاخر وان يبدأ بالمدعي فيسئله البينة ان انكر المدعي عليه وان لم يكن له بينة فان كان في مال وجبت
اليمين على المدعي عليه باتفاق وان كانت في طلاق او نكاح او قتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى وقال مالك لايجب الا مع
شاهد واذا كان فى المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى ام لايحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهو
فقهاء الامصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه السلام من حديث ابن عباس البينة على المدعى واليمين
على المدعى عليه وقال مالك لاتجب اليمين الا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا

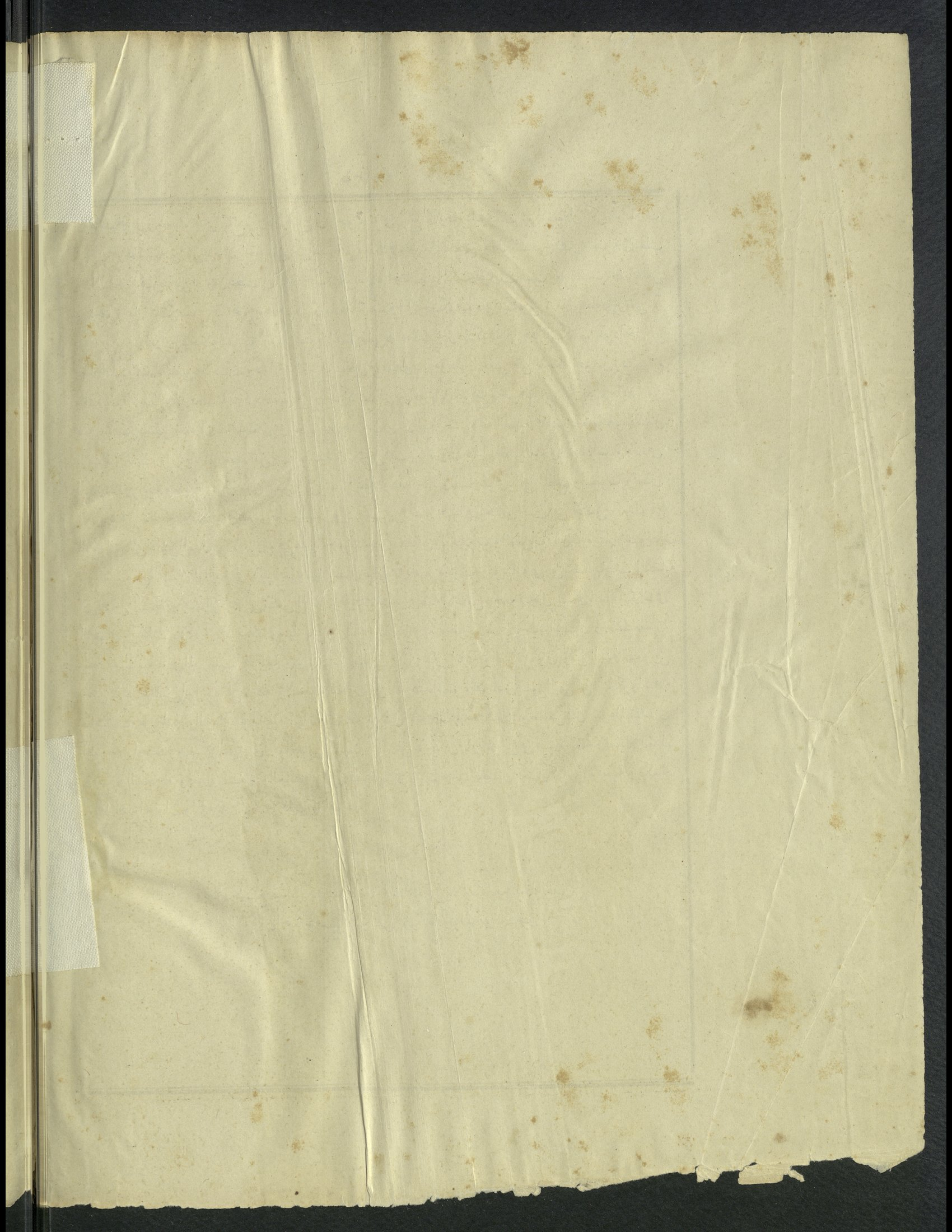
يتطرق الناس بالدعاوى الى تعنيت بعضهم بعضاً واذاية بعضهم بعضاً ومن هنالم ير مالك احلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الاان يكون معها شاهد وكذلك احلاف العبد سيده فى دعوى العتق عليه والدعوي لاتخلوا ان تكون فى شئ فى الذمة اوفي شئ بعينه فان كانت فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف فى عقد وقع فى عين مثل بيع او غير ذلك واما ان كانت الدعوى في عين وهو الذى يسمى استحقاقاً فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال ابو حنيفة لاتسمع بينة المدعى عليه الافى النكاح ومالا يتكرر وقال غيره لاتسمع في شئ وقال مالك والشافعى تسمع أعنى فى ان يشهد للمدعي عليه انه مال له وملك فعمدة من قال لاتسمع ان الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعي عليه فوجب الاينقلب الامر وكان ذلك عندهما عبادة * وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائداً على كون الشئ المدعى فيه موجوداً بيده ام ليست تفيد ذلك فمن قال لاتفيد معنى زائداً قال لامعنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت احداها امراً زائداً مما لايمكن ان يتكرر في ملك ذى الملك فالحكم عند مالك ان يقضى باعدل البينتين ولايعتبر الاكثر وقال ابو حنيفة بينة المدعى اولى على اصله ولا تترجح عنده بالعدالة كما لاتترجح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعى تترجح بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف الدليلين أعنى اليمين وأما اذا اقر الخصم فان كان المدعي فيه عيناً فلاخلاف انه يدفع الى مدعيه وأما اذا كان مالا فى الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن اوبالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقال قوم يواجره وبه قال احمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكي عن ابي حنيفة ان لغرمائه ان يدور وامعه حيث دار ولاخلاف أن البينه اذا خرجها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التخريج قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقل الشافعى ينتقض وأما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلوا ان يكون ذلك قبل الحكم او بعده فان كان قبل الحكم فالاكثر ان الحكم لايثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لايثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما اتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لايضمنون فى الغلط وقال الشافعى لايضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا الدية وان اقروا افيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

﴿ الباب السادس ﴾

واما متى يقضي فمنها مايرجع الى حال القاضى فى نفسه ومنها مايرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما متى يقضى القاضى فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه السلام لايقضى القاضى حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى فى حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما اعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لاينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على فساد المنهى عنه واما متي ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة المدعي أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعتق ولايسمع فى غير ذلك وقيل لايسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لايسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعي والمدعى عليه وهو اذا اقر بالعجز واما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم ير دالذى استحق الشئ من يده

ان يخاصم فله ان يرجع بثمنه على البائع وان كان يحتاج فى رجوعه به على البائع ان يوقفه عليه فيثبت شراءه منه ان انكره أو يعترف له به ان اقر فللمستحق من يده ان ياخذ الشئ من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعى يشتريه منه فان عطب فى يد المستحق فهو ضامن له وان عطب في اثناء الحكم ممن ضمانه اختلف فى ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم واما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضى رضى الله عنه وينبغي ان تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الحكام وجل ماذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم وقسم لا يقضى به الحكام وهذا اكثره هو داخل فى المندوب اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى اواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضاً من هذا الجنس المشهور منه ان شا الله تعالى وينبغى قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فمنها مايرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفى هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هى السنن الكرامية ومنها مايرجع الى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة فى المطعم والمشرب والسنن الواردة فى المناكح ومنها مايرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هى اجناس السنن التى تقتضى العدل فى الاموال والتى تقتضى العدل فى الابدان وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة فى الاعراض ومنها السنن الواردة فى جميع الاموال وتقويمها وهى التى يقصد بها طلب الفضيلة التى تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه وتدخل أيضاً فى باب الاشتراك فى الاموال وكذلك الامر فى الصدقات ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهى المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا ان تكون سنن الايمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى النهى عن المنكر والامر بالمعروف وهى المحبة والبغضة اى الدينية التى تكون اما من قبل الاخلال بهذه السنن واما من قبل سوء المعتقدة فى الشريعة واكثر مايذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ماشذ عن الاجناس الاربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط فى تثبيت هذه الفضائل كمل كتاب الاقضية وبكماله كمل جميع الديوان والحمد لله كثيراً على ذلك كما هو اهله

الحمد لله قد تم طبع هذا الكتاب المبارك بحمد الله على يد مصححه العبد الفقير
محمد الامين بن احمد اوقف الشنجيطي غفر الله له ولوالديه والمسلمين










AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
1866

